



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

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

CLAUDIA MARGARITA RODRIGO SILVA

ALEJANDRA PALOMA HIDALGO ERAZO

Profesor Guía: Sr. Ricardo Juri Sabag

Santiago, Chile

2010

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO 1	
NOCIONES PRELIMINARES.....	5
1.1 El Derecho del Trabajo y la huelga.....	5
1.2 Principios del Derecho Colectivo del Trabajo: Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga	7
1.2.1 Libertad Sindical.....	7
1.2.2 Autonomía y libertad sindical.....	9
1.2.3 Clasificaciones de la libertad sindical.....	10
1.2.4 Negociación Colectiva como derecho fundamental.....	11
1.2.5 Libertad sindical y huelga en la legislación chilena e internacional.....	12
1.3 Concepto y Principales Características.....	16
1.3.1 Generalidades, nuestro ordenamiento.....	16
1.3.2 Delimitación del Concepto.....	17
1.3.3 Modelo chileno.....	18
1.3.4 Naturaleza jurídica de la huelga.....	19
1.3.5 Clasificaciones.....	20
1.4 Relevancia: Estadísticas de los últimos 20 años.....	22
1.4.1 Estadísticas de sindicalización.....	23
1.4.2 Estadísticas de negociación colectiva.....	25
1.4.3 Estadísticas de huelga	26
CAPÍTULO 2	
LA HUELGA EN EL DERECHO COMPARADO.....	30
2.1 La huelga en los Convenios 87, sobre Libertad Sindical y la Protección	

del Derecho de Sindicación, y 98 sobre la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva.....	30
2.1.1 Convenio 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación.....	31
2.1.2 Convenio 98 sobre la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva.....	32
2.2 La huelga en el derecho comparado.....	33
2.2.1 Sistemas legales en que la finalidad de la huelga no se encuentra regulada por ley.....	34
2.2.2 Sistemas legales que establecen pluralidad de finalidades: modelos polivalentes	36
2.2.3 Sistemas legales que establecen finalidad única: modelo contractualista.....	38
2.2.4 Modelo norteamericano de huelga.....	39

CAPITULO 3

LA HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA..... 41

3.1 La huelga en la Constitución Política de la República	41
3.2 La Huelga en el Código del Trabajo.....	43
3.2.1 Negociación colectiva en el Código del Trabajo.....	43
3.2.1.1 Negociación colectiva reglada y la huelga.....	46
3.3 Efectos de la huelga.....	51
3.3.1 Suspensión de la relación laboral y posibilidad de celebrar contratos temporales.....	51
3.3.2 Lock-Out o Cierre temporal de la empresa.....	52
3.3.3 Posibilidad de contratar trabajadores reemplazantes o rompeshuelgas.....	54
3.3.4 El reemplazo de trabajadores en el derecho comparado e internacional.....	56
3.3.5 Aplicación de la Ley de Seguridad del Estado: el delito de huelga.....	58
3.4 Situaciones Especiales	60
3.4.1 Trabajadores excluidos de ejercer el derecho a huelga por ley, y trabajadores excluidos de ejercer el derecho a huelga en los hechos	60
3.4.1.1 trabajadores excluidos de ejercer el derecho a huelga por ley.....	60

3.4.1.2 trabajadores excluidos de negociar en los hechos	64
3.4.2 Huelga de trabajadores de Servicios esenciales.....	66
3.4.2.1 Normativa chilena versus parámetros internacionales.....	67
3.4.3 Huelga de los trabajadores del sector público.....	73

CAPÍTULO 4

ACTORES INVOLUCRADOS..... 77

4.1 Tutela de la libertad sindical y la huelga: las prácticas antisindicales y el procedimiento de tutela laboral.....	77
4.2 La Dirección del trabajo.....	80
4.2.1 Dirección del Trabajo y huelga.....	81
4.2.1.1 Mediación o Buenos Oficios.....	82
4.2.2 Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo en materia de huelga.....	86
4.3 La respuesta del ejecutivo en materia de huelga.....	89
4.3.1 Mensaje presidencial de 21 de mayo en materia de huelga.....	89
4.3.1.1 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2006.....	90
4.3.1.2 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2007.....	90
4.3.1.3 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2008.....	91
4.3.1.4 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2009.....	92
4.3.1.5 En síntesis: la huelga en los discursos presidenciales de 21 de mayo de los últimos cuatro años.....	92
4.3.2 Programas presidenciales.....	93
4.3.2.1 Programa de Marco Henríquez Ominami.....	93
4.3.2.2 Programa de Jorge Arrate.....	94
4.3.2.3 Programa de Sebastián Piñera	95
4.4 Otros Actores.....	96
4.4.1 Ministerio del Trabajo. Anteproyecto de ley que mejora la Negociación Colectiva, año 2009.....	96
4.4.2 Consejo Asesor Presidencial Para el Trabajo y la Equidad	101

CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFÍA.....	114

INDICE DE GRÁFICOS Y TABLAS

⌘ Gráfico N° 1: Evolución tasas de sindicalización del total de la población afiliada a sindicatos, años 1990 a 2008.....	24
⌘ Gráfico N° 2: Proporción de empresas en las que se ha negociado colectivamente en los últimos cinco años.....	25
⌘ Gráfico N° 3: evolución de huelgas realizadas anualmente, año 1990 a 2008.....	28
⌘ Gráfico N° 4: comparación entre cantidad de huelgas aprobadas , huelgas efectivamente realizadas y solicitudes de buenos oficios	84
⌘ Tabla N° 1: Cantidad de huelgas legales efectuadas, trabajadores involucrados, días de duración y costo días-persona, a nivel persona, año 1990 a 2008.....	27

vii

RESUMEN

Hoy día menos de un uno por ciento de la fuerza laboral chilena ejerce el derecho a huelga legal. Así lo revelan las cifras entregadas por la Dirección del Trabajo. El modelo de huelga que contempla nuestro ordenamiento jurídico, es el definido como contractualista por la doctrina. En el caso chileno, la huelga puede ejercerse únicamente dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, siendo la última etapa de éste. En múltiples oportunidades, los organismos de control de la OIT han realizado llamados de atención al Estado chileno, por las numerosas restricciones que se establecen para el ejercicio de este derecho.

¿Podemos decir entonces que existe efectivamente el derecho a huelga en Chile? Este estudio se ha propuesto responder a esta interrogante, atendiendo a la regulación constitucional y legal que norma la institución de la huelga. Realizamos este trabajo la luz de los principios internacionales –específicamente la libertad sindical- y desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, dentro de los cuales se inscribe precisamente el derecho a huelga.

Para esto utilizamos una metodología jurídico descriptiva, empírica y post facto, atendiendo a un método de investigación de análisis comparativo, hipotético deductivo con un enfoque cualitativo.

Los resultados obtenidos indican que no existe efectivamente el derecho a huelga en cuanto derecho fundamental, sino que éste es tan sólo una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, lo que sitúa a nuestro país –de acuerdo a los parámetros establecidos por la OIT- entre los más atrasados en materia de derechos fundamentales laborales.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Colectivo, la libertad sindical, la negociación colectiva, y la huelga, fueron los ejes centrales en torno a los cuales estudiamos un semestre obligatorio de Derecho del Trabajo, sin mencionar los cursos electivos y la clínica jurídica especializada en Derecho Laboral. Años de estudio de una materia que así lo amerita, por ser el estatuto jurídico que reglamenta las relaciones entre los productores directos de la riqueza del país –los trabajadores- y los dueños del capital; así como por su injerencia en la vida de millones de chilenos y chilenas, al regular sus condiciones de trabajo y de remuneraciones. Sin embargo, al trabajar con sindicatos y trabajadores sin afiliación sindical nos dimos cuenta que principios y conceptos que nos enseñaron en las aulas de esta Facultad, en la vida real son letra muerta.

Este es el caso del derecho a huelga, ya que como lo revelan las estadísticas, el porcentaje de trabajadores que ejercen este derecho es muy minoritario. Llama la atención que desde el retorno de la democracia en el año 1990 y hasta hoy no haya habido un significativo aumento en las cifras de trabajadores que ejercen su derecho a huelga. La mayor de ellas correspondió al año 1992.

Las causas de esta preocupante realidad son variadas -no cabe referirse a todas ellas en esta oportunidad, toda vez que escapan al ámbito de investigación de esta memoria-. Sin embargo, la realidad y la norma interactúan dialécticamente, por lo que nuestra motivación se basó en esta reflexión, considerando procedente analizar las causas estrictamente jurídicas que restringen o derechamente coartan el derecho a huelga.

Ergo, necesariamente revisamos la normativa que se encuentra en la base o en los orígenes de las normas que regulan el Derecho Colectivo del Trabajo, correspondiente a los decretos leyes N° 2.758 y 2.759, del año 1979, conocidos como el Plan Laboral. El objeto central del Plan Laboral, o plan sindical -según lo dijera su gestor y ministro del Trabajo de ese entonces José Piñera-, fue adaptar la legislación colectiva del trabajo a los cambios en el modelo económico que se llevaron a cabo en las diversas áreas; modificaciones que se efectuaron en nuestro país y

que unos años después serían promovidas para aumentar el crecimiento económico de los países latinoamericanos, a través la política económica resumida en el Consenso de Washington. Como lo señala una investigación sobre esta materia, “el carácter fundacional del régimen militar para con el modelo económico y su adhesión a la teoría de las ventajas comparativas en el comercio internacional llevó a desarrollar toda medida dirigida a asegurar la rentabilidad del capital en los sectores en los que se definía la inserción del país en la economía internacional. En tales procesos no fueron indiferentes la generación y fortalecimiento de grupos empresariales, la privatización de empresas y la liberalización de los mercados de trabajo, así como las limitaciones y prohibiciones para la acción sindical y la negociación colectiva”¹.

Para liberalizar la economía, y convertirla en una “economía social de mercado”, en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo se requería que la negociación colectiva fuera un medio no ya para redistribuir ingresos o riquezas, sino que un mecanismo que mantuviera la más estrecha correspondencia posible entre las remuneraciones de los trabajadores y la productividad del trabajo. Y se requería a su vez, que la huelga dejara de ser una herramienta de presión, para pasar a ser tan solo “un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan a la empresa en productividad”; que al ser únicamente a nivel de empresa, no comprometería “valores de orden público”, y al establecerse el reemplazo de trabajadores, tampoco afectaría “el derecho de propiedad de empleador de administrar la empresa”².

Las principales reformas efectuadas a través de este Plan dicen relación con: afiliación sindical voluntaria, posibilidad de constituir tantos sindicatos dentro de una empresa como fuere posible según los quórum establecidos, la exclusión de importantes sectores de trabajadores de ejercer la negociación colectiva, el debilitamiento del sindicalismo en cuanto a la prohibición de la negociación interempresas o por rama de producción y exclusividad de la negociación a nivel de empresa, establecimiento de grupos negociadores, eficacia personal o efecto relativo de los contratos colectivos suscritos, la posibilidad de contratar a trabajadores (“rompehuelga”) desde el primer día de la huelga, duración máxima de la misma de 59 días (desde el día 60 el trabajador

¹ SALINEROS, Jorge. Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: problemas y desafíos. Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006. p. 33

² PIÑERA, José. La revolución laboral en Chile. Santiago de Chile, Ed. Zigzag, 1990. pp. 106 y ss.

podía ser desvinculado de su puesto de trabajo sin derecho a indemnización), posibilidad de reincorporación (“descuelgue”) desde el día 30 de iniciada la huelga.³

A 31 años de la implementación del Plan Laboral, la legislación laboral en cuanto a la reglamentación de la negociación colectiva, y especialmente, de la huelga, se han mantenido en lo fundamental, intacta. Las instituciones del reemplazo y de cierre patronal siguen plenamente vigentes, aun cuando se hayan establecido algunas reformas que dicen relación con prescribir ciertos requisitos para poder llevarlas a cabo ¿En qué medida estas instituciones afectan el efectivo ejercicio del derecho a huelga?

Tomando como punto de partida de esta memoria la necesidad de que dentro del ordenamiento jurídico se respete y se promueva los derechos fundamentales de los trabajadores, consideramos imprescindible estudiar la normativa vigente, a la luz del principio de la libertad sindical y de los parámetros internacionales, con el objetivo de poder determinar si existe efectivamente el derecho a huelga en legislación laboral chilena.

La hipótesis que presentamos es la siguiente:

En Chile no existe el Derecho a Huelga; ésta no es más que un mero procedimiento dentro del proceso de Negociación Colectiva Reglada.

Los actores involucrados se han mostrado pasivos frente a esta situación.

Lo anterior atenta contra el principio de Libertad Sindical.

Para poder verificar esta hipótesis nos propusimos: en primer lugar, comprender la esencia del derecho a huelga, luego, revisar la normativa internacional relacionada y la legislación nacional vigente con el objetivo de determinar sus falencias, y por último, analizar la posición que han tenido las autoridades para enfrentar esta situación.

En este sentido, nos parece preocupante que declaraciones de autoridades -y ciertamente de la prensa también-, estructuran un discurso que sitúa al ejercicio del derecho a la huelga en el plano de la criminalidad, llegando incluso al punto de ejercerse acciones legales en contra de los trabajadores. Tal es el caso de la querrela en contra de funcionarios de Gendarmería –en el

contexto de su Negociación Colectiva del año 2009- bajo el alero de la Ley de Seguridad del Estado. Por su parte el accionar de Carabineros de Chile apunta en el mismo sentido, siendo no poco frecuentes los hostigamientos y el ejercicio de violencia en contra de los huelguistas.

Todo lo anterior hace impostergable la tarea de desarrollar el tema del derecho a huelga en nuestro país, poniendo el acento en una severa crítica a la legislación y a los actores involucrados.

En esta memoria hemos utilizado una metodología de tipo jurídico descriptiva, empírica y post facto, ya que advertimos un fenómeno ya existente, con el objeto de realizar un análisis crítico de éste, desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales de los trabajadores.

En una primera parte, revisaremos algunas nociones teóricas generales que nos permitan tener un marco de referencia sobre el cual elaborar nuestro análisis. Luego en el segundo capítulo revisaremos la Legislación Internacional que rige la materia, esto es, los estándares a la luz de los cuales debe contrastarse nuestra institucionalidad. En el tercer capítulo, al referirnos a la Legislación Chilena, la analizaremos críticamente, destacando la amplia gama de trabajadores que carecen de potestad para ejercer este derecho. Por último, estudiaremos la posición que han tomado los principales actores involucrados, considerando a autoridades gubernamentales, así como jurisprudencia judicial y administrativa.

CAPÍTULO 1: NOCIONES PRELIMINARES

1.1 El Derecho del Trabajo y la huelga.

Tradicionalmente se ha señalado el origen y función primigenia del Derecho del Trabajo en los albores de la sociedad industrial moderna, como forma de encauzar la protesta obrera. En términos históricos, en nuestro país su nacimiento está directamente vinculado a los movimientos huelguísticos de las primeras décadas del siglo XX. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, se pueden apreciar estallidos de conflictividad laboral en la medida en que cambia paulatinamente el tipo de relaciones de producción, debido al crecimiento urbano y la diversificación de las actividades y estructura económica⁴.

Un *peak* en esta primera etapa huelguística en Chile podemos encontrarlo en la primera huelga general ocurrida en el año 1890, que es al mismo tiempo la primera con estas características en América Latina. Las reivindicaciones de tales enfrentamientos contra los empleadores, eran en contra del pago en fichas y especie, en torno a jornada laboral, etc., e involucraba a trabajadores del salitre y carbón, portuarios, obreros carrilanos, obreros de la construcción, y sector fabril. Estas manifestaciones adquirirían las más de las veces, un carácter bastante violento⁵.

La creciente movilización social motivó que el gobierno, a pesar de ser seguidor de las doctrinas liberales individualistas, buscara una fórmula para poder dar solución a las huelgas. Es así como nace el Decreto N° 4.353 de 14 de diciembre de 1917, para regular el conflicto colectivo entre patrones y obreros o empleados, en donde se establecía que en estos casos se designaría una Conciliación y Arbitraje⁶.

⁴ ROMERO. Citado en TAPIA, Francisco. Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo. 2ª ed. Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007. p 132.

⁵ La Primera Huelga General de América Latina: Chile, 1890 [En línea]. El Rodriguista, Buenos Aires, 1987. <http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/vitalel/3lvc/03lvcmovsoc0008.pdf> [consulta: 16 de enero 2009].

⁶ THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. 2ª edición. Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 2000. p. 46.

Según datos del Boletín de la Oficina del Trabajo⁷, entre los años 1910 y 1920 el país sufrió 297 huelgas. De ese total, 150 de ellas fueron originadas por peticiones de alzas de salario, 50 por peticiones acerca de un otorgamiento de contrato de trabajo, 45 por luchas de organización sindical, y el resto por otros motivos.

Considerando este desarrollo histórico, de los autores consultados, es Manuel Carlos Palomeque quien realiza un interesante aporte a la comprensión del origen y función del Derecho del Trabajo. Este autor señala que la función histórica del Derecho del Trabajo respondería “*prima facie*, a una *solución defensiva* del Estado burgués para, a través de una normativa protectora a favor de los trabajadores, proveer a la integración e institucionalización del conflicto entre capital y trabajo en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido”⁸.

En el mismo sentido el profesor UGARTE ha señalado que la función principal del Derecho del Trabajo es de carácter político, ya que “la razón histórica fundamental del por qué en los albores del capitalismo se comienzan a dictar normas legales que protegen a la parte débil de la relación laboral, quebrando de paso un principio básico del Estado liberal como la igualdad de la partes y la no intervención estatal, no será en modo alguna una suerte de concesión humanitaria del poder político de la burguesía liberal a la nueva clase proletaria, excluida de la riqueza y sumida en condiciones de miseria, sino el temor de que, precisamente, esa postergación, sumada a las recién estrenadas ideas marxistas, cristalicen en acciones políticas radicales que, al modo de la revolución rusa, intenten ya no la modificación parcial del sistema, sino su sustitución total”⁹.

Como vemos, la huelga se encuentra presente a lo largo de toda la vida del derecho del trabajo. No sólo es anterior a éste sino que es la causa de su aparición como rama. El conflicto inherente a las relaciones de producción capitalistas, se manifiesta y evoluciona hacia su manifestación a través de la acción colectiva, dando origen a la necesidad histórica del derecho

⁷ THAYER citando Estadísticas de las huelgas n° 10 de 1920, p 242 y 245, Op. Cit. p. 46

⁸ PALOMEQUE, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo e Ideología. 2° edición. Madrid, España. Ed. Akal Universitaria, 1984. p. 19.

⁹ UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago de Chile, Lexisnexis, 2007. p. 9

colectivo del trabajo. Así, entendemos las relaciones colectivas de trabajo –comprendiendo a la huelga dentro de ellas- desde un punto de vista político, como una expresión de contrapoderes¹⁰.

1.2 Principios del Derecho Colectivo del Trabajo: libertad sindical, negociación colectiva y huelga

El desarrollo del Derecho Colectivo del Trabajo a lo largo del siglo XX -como consecuencia directa del desarrollo de movimientos y luchas sociales a nivel mundial, como se vio en el acápite anterior-, se ha traducido en un cada vez mayor reconocimiento y posterior promoción de esta rama del derecho, con elaboración de principios propios y de instrumentos internacionales destinados a su protección. El principal de ellos es la libertad sindical, principio sobre el cual versan variados instrumentos, y que está directamente vinculado con las instituciones de la negociación colectiva y la huelga, como veremos a continuación.

1.2.1 Libertad sindical

Reconocido uniformemente por la doctrina, la libertad sindical es el principio matriz o fundamento rector¹¹ del Derecho Colectivo del Trabajo. Se ha definido como “el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y, especialmente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y la huelga”. Se extrae de esta definición una faz orgánica y una faz funcional de la libertad sindical. La primera consiste principalmente en el derecho de sindicación, y la segunda se materializaría mediante el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga.¹²

¹⁰ TAPIA, F. Op. Cit. p. 24.

¹¹ Concepto acuñado por Mario Varas Castillo, en Libertad sindical y negociación colectiva en Chile: un diagnóstico de la ley N° 19.759. Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo. Agosto 2003. Citado en CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis. Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Santiago de Chile, Legalpublishing, 2008. p. 14.

¹² CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis. Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Santiago de Chile, Legalpublishing, 2008. p. 15.

Como lo sostiene ERMIDA, para el Derecho Colectivo del Trabajo, el Sindicato, la Negociación Colectiva y la Huelga son los tres pilares indispensables e interdependientes sobre los cuales descansa la libertad sindical, ocupando cierto protagonismo la Huelga, por ser el medio a través del cual se efectiviza la autotutela sindical¹³. Esto significa que un ordenamiento jurídico laboral pueden faltar normas sobre regulación del sindicato o de la negociación colectiva, mas habiendo una efectiva consagración del derecho a huelga, es posible un eficaz ejercicio de los derechos colectivos. Ello, por cuanto una característica de la actuación colectiva materializada en la huelga es su capacidad para crear derecho o sancionar la aplicación del mismo. Y la huelga puede establecer reglas entre las partes y sancionar su incumplimiento por parte del empleador.

Por otra parte, se ha señalado que “la libertad sindical se estructura en una proyección triple que comprende la auto organización, la autotutela y la autoformación, conformando lo que la doctrina laboral denomina “visión triangular del derecho colectivo del trabajo”¹⁴.

Queda de manifiesto que con esta visión triangular de la libertad sindical, y considerando los tres pilares sobre los que ésta descansa, se incorpora una concepción finalista de este principio, superándose así una conceptualización formal del mismo, que antiguamente lo reducía a la mera libertad de constitución, o bien al mero derecho de sindicación¹⁵. Por tanto, la libertad sindical considera el contenido y no únicamente la forma de la organización de los trabajadores: sus mecanismos de acción, sus objetivos, y el sustrato de los derechos que se persigue amparar.

1.2.2. Autonomía y libertad sindical

¹³ CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis. Op. Cit. p. 51.

¹⁴ CORREA y DE LA CUEVA. Citados en GAMONAL, Sergio. Fundamentos del Derecho Laboral. 2ª ed. Santiago de Chile, Legalpublishing, 2009. p. 51.

¹⁵ Un sólido argumento de texto para sostener esta idea, es que sostiene que la Constitución Política de la República habría sido redundante en consagrar el derecho a la libertad sindical y el derecho de asociación en dos numerales diferentes. Además una interpretación armónica 19 n° 16, 19 n° 19, 19 n° 26, y 1° del Código Político lleva a la conclusión de considerar la libertad sindical no sólo como derecho de sindicación, sino además, se debe considerar un rol de tutela y promoción del mismo.

Es de la esencia de libertad sindical, la “autonomía colectiva”, o “autonomía sindical”. El concepto de autonomía tiene su raíz en las palabras griegas *auto nomos* que significan ley dictada por uno mismo. En derecho, implica “poder de autorreglamentación, de dictarse su propia ley y de gobernarse a sí mismo”¹⁶. Este concepto dice relación con la potestad de los sindicatos de autoafirmación, de representación y de acción, y constituye desde lo orgánico y desde lo funcional, la actividad sindical propiamente tal. Palomeque utiliza los términos de poder de autorregulación, de determinación autónoma, de representación de los intereses de clase y de defensa de ellos¹⁷.

La autonomía colectiva es la principal fuente del derecho colectivo del trabajo; característica especial que configura una doble ruptura del derecho colectivo del trabajo respecto del derecho privado y del derecho público¹⁸.

Se ha destacado distintos aspectos de la autonomía sindical: la autonomía de regulación y de funcionamiento de la organización, la autonomía financiera, la autonomía de representación, y sobre todo, la autonomía de acción colectiva -lo que incluye la preeminencia de la voluntad colectiva en la definición de su programa de acción-. Dentro de este último aspecto cabe señalar la autotutela, siendo la huelga a su vez, una garantía de funcionamiento de la autonomía sindical.

Cabe señalar que “otro elemento esencial de la libertad sindical es la efectiva tutela de la misma, por medio de medidas como el fuero sindical, los permisos sindicales y –sanción a- las prácticas antisindicales”¹⁹. Esto implica a su vez, tener tanto sistemas fiscalizadores adecuados, como aparatos judiciales eficientes y expeditos que permitan reestablecer oportunamente el imperio del derecho cuando éste es vulnerado²⁰.

Por último, en cuanto a la libertad sindical de los empleadores, si bien nada impide que éstos formen sus propios sindicatos, sus intereses son cualitativamente diferentes a los intereses de los trabajadores: el ejercicio de la libre iniciativa económica y el derecho de propiedad sobre los

¹⁶ GAMONAL, Sergio. Fundamentos del Derecho Laboral. 2ª ed. Santiago de Chile, Legalpublishing, 2009. p. 124.

¹⁷ TAPIA, F. Op. Cit. p. 11.

¹⁸ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 127.

¹⁹ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 128.

²⁰ *Ibíd.*

“factores productivos”. Los trabajadores en cambio, defienden su dignidad y condiciones de empleo. Es por ello que la legislación les da un tratamiento diverso, reconociendo ciertos derechos sólo en el caso de los trabajadores, como es el caso del derecho a huelga, para nivelar su poder negociador frente al empleador. Por tanto, coincidimos en considerar que el sindicalismo de los empleadores sería más bien un “sindicalismo de respuesta”²¹.

1.2.3 Clasificaciones de la libertad sindical

La libertad sindical puede ser individual o colectiva, procedimental o sustantiva, y la libertad sindical individual puede clasificarse a su vez en positiva o negativa.

La libertad sindical individual involucra a los trabajadores personalmente considerados, y se sub clasifica en libertad sindical individual positiva -derecho de cada trabajador de formar sindicatos y de afiliarse a los mismos-, y libertad sindical individual negativa -derecho a desafiliarse del sindicato o a no pertenecer a organización sindical alguna.

La libertad sindical colectiva o autonomía colectiva o autarquía sindical, comprende el ámbito relacionado con los atributos y derechos del sindicato, tales como la negociación colectiva, la huelga, las libertades de reglamentación, de representación, suspensión y disolución, federación, confederación, de actuación y gestión sindical.

La libertad sindical procedimental abarca aspectos relacionados con la forma y procedimientos a seguir, siendo funcional a la libertad sindical sustantiva. La libertad sindical sustantiva es aquella que se relaciona los derechos básicos de los trabajadores y sindicatos ya constituidos, y se sub clasifica a su vez en libertad sindical sustantiva positiva –afiliarse o constituir sindicatos-, o negativa –desafiliarse o no constituir sindicatos.

Además, es posible distinguir diversos atributos o sub principios de la libertad sindical, comprendidos dentro de las clasificaciones antes señaladas, los cuales deben ser respetados tanto por el Estado como por los particulares (especialmente los empleadores respecto de los trabajadores), a saber: libertad de constitución, libertad de afiliación, libertad colectiva de

²¹ Ver GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago de Chile, Lexisnexis, 2002. p. 59.

reglamentación, libertad colectiva de representación, libertad colectiva de disolución, libertad colectiva de federación, y libertad colectiva de actuación sindical²².

Es dentro de ésta última clasificación, donde encontramos el fundamento del derecho a huelga. La libertad colectiva de actuación sindical consiste en el derecho de los sindicatos de estructurar su propio programa de acción, en directa relación con los objetivos de la organización sindical. Se trata del más importante atributo de la libertad sindical, sin el cual no tienen sentido los demás. Faculta a los sindicatos para organizar libremente su administración y actividades internas, sin injerencias de ninguna especie salvo el respeto del principio democrático en la adopción de las decisiones, para lo que el Estado puede establecer reglas mínimas que aseguren dicha democracia.

1.2.4. Negociación colectiva como derecho fundamental

La negociación colectiva más que un procedimiento, es un derecho de tipo fundamental²³, reconocido en la Constitución Política de la República, e internacionalmente en diversos convenios, tratados, y pactos. Se le ha definido como una herramienta de tratamiento y solución de los conflictos inherentes a la contradicción capital - trabajo²⁴, que se genera en las relaciones de producción propias de la vida en sociedad, esto es, por las relaciones laborales.

Como fuente de derechos y obligaciones, la negociación colectiva presenta ventajas respecto de la ley desde el punto de vista instrumental y también práctico, para la regulación de las relaciones laborales. Tales son básicamente el conocimiento que tienen los actores de la realidad social sobre la que versan los acuerdos, quienes las más de las veces tomarán en cuenta las particularidades del ámbito de aplicación de las normas generales, al mismo tiempo que serán flexibles para adaptarse a las condiciones de su entorno. Desde el punto de vista práctico la

²² Para profundizar en estos conceptos ver GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 92 y ss.

²³ GERNIGON, Bernard, ODERO Alberto, GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. [En línea] Revista Internacional del Trabajo, vol 119, núm 1, 200, p 19.

< <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/germigon.pdf> > [Consulta: 12 enero 2010]

²⁴ CAAMAÑO, E. y UGARTE, L. Op. cit. p. 32.

negociación colectiva previene conflictos, resuelve situaciones conflictivas específicas y genera soluciones cuya viabilidad depende principalmente del compromiso de los actores²⁵.

En este sentido se ha dicho que la negociación colectiva es más que un procedimiento destinado a la regulación de las condiciones de empleo, como lo señala el CdT, insertándose dentro del sistema social con diversas funciones. Entre ellas se ha mencionado:

- a) expresar el ejercicio de derechos fundamentales, lo que contribuiría a la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, entre éstos, la propia negociación colectiva y de los derechos sindicales,
- b) afirma la personería y capacidad de los sujetos colectivos que son partes de un negocio jurídico y posibilita una relación colectiva estable,
- c) permite la creación de las reglas de orden colectivas y la adaptación de las condiciones de empleo, y
- d) constituye un medio para la consecución de la paz social²⁶.

Desde otros sectores, como se señaló anteriormente, se ha comprendido a la negociación colectiva como un instrumento para apaciguar el conflicto entre capital y trabajo, permitiendo el sostenimiento del sistema que tiene como base esa contradicción principal: el capitalismo; por último, se le ha considerado como un instrumento de distribución de riqueza entre los principales sectores de la sociedad²⁷.

1.2.5. Libertad sindical y huelga en la legislación chilena e internacional

Si bien en ciertos instrumentos internacionales referidos a la libertad sindical – específicamente en los Convenios 87 y 98 de la OIT- no se hace referencia a la huelga expresamente, como lo señalara el CLS²⁸ es imposible separar ambas instituciones, toda vez que

²⁵ GAMONAL Sergio. Op. Cit. p. 224.

²⁶ TAPIA, Francisco J. Op. Cit. p. 37.

²⁷ VALDEZ DAL RE. En TAPIA, Francisco, Op. Cit. p. 38 y ss.

²⁸ Comité de Libertad Sindical

la huelga es uno de los tres pilares en los que descansa la libertad sindical. Ello, por cuanto a través de la huelga se efectiviza en gran medida el poder de los trabajadores en cuanto a sujeto colectivo, para poder actuar libremente, en una posición de relativa igualdad frente a la parte empleadora.

En efecto, el CLS ha señalado que: “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” constituyéndose en un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”²⁹.

Hechas estas consideraciones previas, se vuelve imprescindible destacar la Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 25 de junio de 1970 sobre Derechos Sindicales y Libertades Civiles, que establece la indivisibilidad de los derechos fundamentales y la necesaria vigencia de todos ellos para su respeto integral³⁰. Por ello, en nuestro análisis debemos tener siempre presente que al mencionar el concepto de libertad sindical, se considera necesariamente su aplicación en el sindicato, en la negociación colectiva, y especialmente, en el mecanismo de autotutela por excelencia de los trabajadores: la huelga.

En nuestro país, además de su establecimiento en el CdT³¹, la libertad sindical se encuentra consagrada expresamente en la Constitución Política de la República, en el artículo 19 n° 19, además del 19 n°16, 19 n° 26, y en el artículo 20³², estableciéndose dentro de la categoría de derecho fundamental.

Especial mención merece su protección de acuerdo a lo prescrito en los artículos 1°, 5° y 6° del Código Político, ya que el Estado protege y ampara a los grupos intermedios –y el sindicato es en esencia el grupo intermedio los trabajadores-, tiene un deber de respetar y promover los

²⁹ Recopilación de 2006, párrafo 522. Citado por TOLEDO CORSI, Cesar. Revisando el reemplazo de trabajadores en huelga a partir de una sentencia valdiviana. En: Boletín Oficial Dirección de Trabajo. Agosto 2009. P. 29

³⁰ TAPIA, Francisco. Op. Cit. p. 42

³¹ En el libro IV, título VI, “De la Huelga y del cierre temporal de la empresa”, a través de las normas de constitución de sindicato, de afiliación, de desafiliación, de tutela de su ejercicio en normas sustantivas, y en las normas procesal del ramo, especialmente en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales por prácticas desleales o antisindicales.

³² Por cierto que de manera restringida, ya que sólo se protege la libertad de contratación.

derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; y se obliga a cumplir los preceptos establecidos en dicho código. Además, conforme a lo dispuesto en los artículos 32 N° 15 y 1° de la Constitución Política de la República con relación a los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³³, el Estado de Chile está obligado a cumplir los convenios de buena fe, no pudiendo invocar normas de derecho interno para justificar su incumplimiento³⁴.

En materia de derecho internacional, la libertad sindical se norma en diversos instrumentos internacionales; los principales son: en la Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998, que establece la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva como mínimos aceptables para los Estados y les vincula aún cuando no hayan ratificado los convenios 87 y 98³⁵; los Convenios de la OIT N° 135³⁶, Convenio N° 151³⁷, el Convenio 141³⁸, y el Convenio N° 154³⁹; en la Declaración Universal de Derechos

³³ El artículo 26 señala: "Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

Y el artículo 27 dispone: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

³⁴ TAPIA, Francisco. El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva. En: Negociación Colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009. p. 161.

³⁵ Lo señala en el artículo 2° en los términos siguientes:

"todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- A) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva..."

³⁶ Convenio acordado por la OIT en el año 1971, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa. Este convenio garantiza un requisito para el ejercicio de la libertad sindical, y de la huelga, cual es el de proteger a los dirigentes sindicales en el ejercicio de sus funciones.

³⁷ Instrumento acordado 1978, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. Igualmente se garantiza aspectos de libertad sindical y la huelga para este sector de trabajadores. Señala en su artículo 9, 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".

³⁸ Creado el año 1975, sobre organizaciones de trabajadores rurales y su función en el desarrollo económico y social. Si bien no se refiere expresamente al derecho a huelga, señala en el artículo 3 punto 2, que "los principios de la libertad sindical deberán respetarse plenamente". Por tanto, la huelga como pilar de la libertad sindical, indudablemente queda comprendida implícitamente en dicha disposición.

Humanos⁴⁰, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴¹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴², el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴³; y de manera especial, se regula este principio en los convenios 87, Sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, y 98, Sobre la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva⁴⁴. Estos dos últimos convenios serán tratados en el capítulo siguiente.

En cuanto a los órganos de control internacional de la OIT en relación con la huelga en nuestro país, éstos han hecho una serie de llamados de atención al Estado de Chile, debido a que su legislación en la materia no se condice con la normativa internacional. Como se verá en el capítulo siguiente, en nuestra legislación son ilegales tipos y modalidades de huelgas consideradas lícitas en el derecho comparado, como por ejemplo, las huelgas de reivindicación política-económica, las de solidaridad, las defensivas de cumplimiento del convenio colectivo, etc.

Por ello el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha señalado a nuestro país que:

- “Que la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical”.

³⁹ Del año 1981, Sobre Fomento de la Negociación Colectiva. Este instrumento no ha sido ratificado por Chile.

⁴⁰ En el artículo 23 punto 4 establece: “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a asociarse para la defensa de sus intereses”. Si bien en principio la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no serían obligatorias para los Estados, el derecho internacional les ha otorgado el carácter de normas, al considerarlas como interpretaciones de preceptos enunciados en las Cartas de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos respectivamente. Al respecto, ver GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 73.

⁴¹ El artículo XXII señala: “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden”.

⁴² En el artículo 22 establece el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos para la protección de sus intereses.

⁴³ En su artículo 8º fomento a la negociación colectiva, y en su letra d) consagra expresamente el derecho a huelga.

⁴⁴ Incorporados a la legislación interna tras la promulgación y publicación de la Ley N° 19.759, promulgada el 27 de septiembre de 2001, y publicada en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2001.

- “Los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal; la prohibición general de huelgas de solidaridad podría ser abusiva”.
- “Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito más amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros”.
- “La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de libertad sindical”⁴⁵.

Por último, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha cuestionado la normativa legal chilena, señalándole directamente al gobierno que:

“La Comisión estima que las organizaciones sindicales 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 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. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal”⁴⁶.

1.3 Concepto y principales características

1.3.1 Generalidades, nuestro ordenamiento.

Dentro del ordenamiento jurídico chileno, es posible establecer dos niveles normativos desde los cuales enfocar el tratamiento del derecho a huelga: la Constitución Política de la República, y el CdT.

En primer lugar, la Carta Fundamental no reconoce expresamente la huelga como un derecho, sino que tan sólo la reglamenta en un sentido negativo, al especificar a los trabajadores

⁴⁵ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2008. Santiago de Chile. Universidad Diego Portales. p. 142.

⁴⁶ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile. Op. Cit. p. 143. Asimismo, ver CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis. Op. Cit. p. 85.

que están privados de su ejercicio⁴⁷. A este respecto la doctrina chilena ha dicho que en nuestro país la huelga estaría reconocida como una garantía constitucional implícita, cuya única restricción constitucional estaría dada por la que establece la ya mencionada norma⁴⁸.

En segundo lugar, la legislación chilena tampoco ha definido la huelga, sino que la ha reglamentado como una etapa dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada. La normativa que reglamenta la huelga, así como también la negociación colectiva data del año 1979, en donde el llamado Plan Laboral (específicamente el D.L. 2.758), sentó las bases fundamentales que hasta el día de hoy reglamentan estas instituciones.

1.3.2. Delimitación del concepto

Si entendemos por conflictos laborales aquellos que se derivan de la contradicción entre los factores capital y trabajo, es evidente que éstos pueden adoptar diversas manifestaciones, tales como el desgano, desinterés, el trabajo lento, la mala atención al público o clientes, la pérdida de tiempo, la rotación de personal, el boicot, el ausentismo, los atrasos, etc.⁴⁹

Cabe distinguir sin embargo, a la huelga de otras manifestaciones de conflictividad laboral, dado a que por una parte, la huelga es la manifestación de una voluntad colectiva, como medida de acción directa en contra de la empresa; y por otra parte, ésta es la manifestación más abierta de la conflictividad laboral, lo que se expresa en el despliegue que implica su ejercicio para los trabajadores. En efecto, la huelga suele acompañarse de declaraciones públicas, propaganda, marchas, o incluso toma del lugar de trabajo y violencia; medidas todas destinadas a ejercer presión y ganar opinión pública, para obtener una solución favorable a sus propios intereses. En todo caso, si bien la huelga es una manifestación del conflicto, no debe confundirse con éste. Expresa el conflicto, lo exterioriza, lo hace efectivo⁵⁰. La huelga es el instrumento de

⁴⁷ Art. 19, N° 16, inciso último “No podrán declararse en huelga... (...) La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

⁴⁸ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op Cit. p. 146.

⁴⁹ ARMSTRONG, Alberto, ÁGUILA Rafael. Las huelgas en empresas del sector privado en Chile: 1979 – 1999. [En línea] Revista ABANTE, Vol. 3, N° 2, p. 166 <<http://www.eauc.cl/publicaciones/wp-content/uploads/2008/03/2-armstrong-aguila.pdf>> [consulta: 12 enero 2010]

⁵⁰ LYON CAEN y PÉLLISIER. Citados en TAPIA. Op. Cit. p. 73.

poder de los trabajadores⁵¹, toda vez que tan sólo colectivamente éste puede equipararse al poder del empleador, para negociar en un plano de relativa igualdad.

En general podemos definir la huelga como toda perturbación producida en el proceso productivo, principalmente la cesación temporal del trabajo, acordada por los trabajadores para la defensa y promoción de un objetivo laboral o socioeconómico.

En el contexto de la “empresa flexible”, el concepto tradicional de huelga se ha definido como todo tipo de perturbación concertada colectivamente, del proceso de producción. Es una definición más amplia, que incluye cualquier omisión, reducción o alteración colectiva del trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta, u otra alteración de la habitualidad productiva.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, junto con el Comité de Libertad Sindical de la OIT han definido de manera genérica la huelga, entendiéndola como toda suspensión del trabajo, por breve que ésta sea⁵².

Su elemento subjetivo está dado por la voluntad tanto individual como colectiva. Voluntad individual del trabajador, expresada en la organización de la que forma parte en la que él decidió ser parte; y voluntad colectiva concertada y expresada, en la misma huelga así como la abstención en el cumplimiento de la obligación de trabajar, derivada de un conflicto laboral.

El elemento objetivo estaría dado por el acto mismo de la huelga, es decir la acción colectiva, ya sea ésta de carácter positivo o negativo, dependiendo de si se trata de la sola abstención o de si va acompañada de otras medidas. Es objetivo por cuanto el resultado es concreto, en cuanto afecta al desarrollo de la relación de empleo⁵³.

1.3.3. Modelo chileno

El modelo de reglamentación chileno es reconocido por la doctrina comparada, y un sector de la nacional, como un “modelo de huelga legalmente intervenido”, por el excesivo detallismo

⁵¹ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 413

⁵² GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO Horacio. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. En Revista Internacional el Trabajo. Vol 117 (1998), N° 4, Edición año 2000. p. 12.

⁵³ Ver TAPIA, Francisco. Op. Cit. p. 73.

con que se regula el ejercicio de la huelga en nuestra legislación. Como se verá en el Capítulo 3, en general se enmarca dentro del modelo contractualista de huelga, entendido éste como aquel que fija una única y determinada finalidad para la huelga; en el caso chileno, la negociación o renegociación de un instrumento colectivo. Ahora bien, cabe agregar que nuestro país constituye además el caso más extremo dentro de este modelo, cuestión que ha sido advertida por la doctrina comparada y que ha motivado recomendaciones y llamadas de atención al Estado chileno, por parte del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos de la OIT⁵⁴.

La reglamentación de la huelga en el derecho chileno contempla un procedimiento rígido y formal para ejercer este derecho. Esta “procedimentalización” de la huelga⁵⁵ establece una detallada regulación de formalidades tales como la oportunidad en que este derecho puede ejercerse, la declaración de huelga, el quórum de aprobación, el plazo para hacer efectiva la huelga, la obligatoriedad de buenos oficios en caso de solicitarlo la contraparte, entre otras.⁵⁶

Estos tópicos serán abordados con mayor profundidad en los capítulos siguientes.

1.3.4. Naturaleza jurídica de la huelga

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento el cual está ratificado y vigente en nuestro país, reconoce la huelga como un derecho fundamental. Así, su artículo 8, dispone:

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

D) El derecho a huelga, ejercido en conformidad con las leyes de cada país”.

Para mayor precisión a este respecto, la OIT ha sido enfática en señalar que la huelga es un derecho fundamental de los trabajadores y no se trata meramente de un hecho social⁵⁷. Este derecho podría clasificarse dentro de los derechos económicos sociales y culturales. No obstante

⁵⁴ FERNANDEZ, Héctor. Derecho de huelga y medios de composición de los conflictos colectivos de trabajo. Relaciones Laborales N° 10, Uruguay, 1996. Citado en el Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 140.

⁵⁵ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 145.

⁵⁶ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. P. 147.

⁵⁷ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO Horacio. Op. Cit. p. 11

ello, Como señala el profesor Gamonal, la doctrina ha considerado este derecho como más asimilable a los civiles y políticos, ya que es de cumplimiento inmediato y no requiere de obligaciones positivas por parte del estado. Por lo anterior algunos autores estiman que el derecho a huelga como parte integrante de la libertad sindical, pertenece a una categoría especial de derechos civiles y políticos⁵⁸.

Determinada su calidad de derecho fundamental, en cuanto a su naturaleza jurídica específica no hay consenso en la doctrina. Sin embargo, el sector mayoritario la considera como un derecho subjetivo individual, sujeto a ejercicio colectivo⁵⁹. La facultad de optar por él, su titularidad en este sentido está radicada en el trabajador, pero se mide por la voluntad del colectivo a través de la decisión democrática, por lo que su ejercicio se desagrega de la sola voluntad individual, pues no depende sino del colectivo⁶⁰.

1.3.5. Clasificaciones

La doctrina ha realizado múltiples categorías de la huelga:

De acuerdo a si están protegidas o no por el ordenamiento, las huelgas pueden ser legítimas e ilegítimas. A su vez, dependiendo si la huelga es declarada o no por un sindicato, se puede clasificar en sindicales o no sindicales.

Además existe la huelga de brazos caídos, durante la cual los trabajadores permanecen dentro de las instalaciones de la empresa, pero suspendiendo las labores; son paralizaciones de corta duración durante la jornada, sin abandono de los puestos de trabajo.

Por otro lado, se puede señalar la huelga de larga duración, como aquella con ocupación de locales, con abandono de puestos de trabajo, con intención de interferir con la producción y que no se declare el cierre patronal⁶¹.

⁵⁸ ABRAMOVICH Y COURTIS, en GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 425.

⁵⁹ TAPIA, Francisco. Op. Cit p. 77.

⁶⁰ Íbid.

⁶¹ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 415.

Por último, según la motivación que origine la huelga, la OIT ha distinguido entre huelga laboral, sindical, política y de solidaridad.

La clasificación que nos parece la más relevante es esta última, de acuerdo a la reivindicación de que se trate. De aquí surgen tres categorías: huelga de naturaleza laboral (que buscan garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), las de naturaleza sindical (que persiguen garantizar y desarrollar los derechos de las organizaciones sindicales y de sus dirigentes) y las de naturaleza política. Además de esta clasificación, hay que distinguir si las reivindicaciones que se demandan afectan directamente o no a los trabajadores que declaran la huelga, surgiendo así la categoría de huelga de solidaridad.

En cuanto a la huelga política, el tema es controvertido debido a que las más de las veces, es difícil distinguir el límite entre reivindicaciones laborales y sindicales versus las de carácter político. La Comisión de Expertos ha declarado que “las huelgas de carácter puramente político [...] no caen dentro del ámbito de los principios de la libertad sindical”; sin embargo, el Comité ha declarado que cuando entre las reivindicaciones “figuran algunas de carácter laboral o sindical y otras de carácter político”, estas serán consideradas legítimas, siempre y cuando “la expresión de reivindicaciones laborales o sindicales” no aparezca como un simple pretexto que, en realidad, encubra objetivos puramente políticos desconectados de la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores⁶².

De este modo, lo que se niega es la huelga puramente política, pero se comprende que la naturaleza compleja de las relaciones sociales y económicas hace imposible efectuar una separación absoluta entre estos aspectos. Así, el Comité de Libertad Sindical estima que se acepta que en la defensa de intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores, se debería 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 los miembros de la OIT y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida⁶³.

⁶² GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO Horacio. Op. Cit. p. 15

⁶³ *Ibíd.*

En cuanto a la huelga de solidaridad, ha sido definida por la Comisión de Expertos como la huelga “que se inserta en otra emprendida por otros trabajadores”. El principio en esta materia es que la prohibición general de este tipo de huelgas podría ser abusiva de la libertad sindical.

La doctrina las ha definido como aquellas en que el interés representado no afecta a directamente a los trabajadores involucrados en la misma, ya que se efectúa para apoyar reivindicaciones de carácter económico de otra huelga. Como contraparte se encontrarían las “huelgas directas”, entendidas como aquellas en que el interés en conflicto interesa directamente a los huelguistas.

La Comisión de Expertos ha declarado que ciertos países reconocen la legitimidad de las huelgas de solidaridad, que se plantean cada vez con más frecuencia debido a la tendencia a la concentración de empresas, así como a la mundialización de la economía y a la reubicación de los centros de trabajo. Sobre su regulación no establece un principio uniforme general, y cabrá hacer muchas distinciones (por ejemplo, en cuanto a la definición exacta del concepto de huelga de solidaridad), pero sí ha considerado que la “prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y que los trabajadores deberían poder emprender esas acciones cuando la huelga inicial con la que se solidarizan sea, en sí misma, legal”⁶⁴.

1.4. Relevancia: Estadísticas de los últimos 20 años

Analizaremos las estadísticas de sindicalización, de negociación colectiva y de huelga de los últimos veinte años, atendiendo a una periodificación de carácter político, renunciando a utilizar una cronología con criterios meramente legislativos. Ello, dado que este período coincide con el inicio de los gobiernos de transición a la democracia y el término de 17 años de dictadura militar, contexto que sin duda delimita el campo de acción de los trabajadores, incidiendo directamente en el desarrollo del conflicto laboral expresado como huelga.

⁶⁴ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO Horacio. Op. Cit. p.16.

1.4.1 Estadísticas de sindicalización

En términos generales, es posible afirmar que desde 1990 y hasta hoy los niveles de sindicalización han sido bajos, oscilando entre un 10% y un 15% de la fuerza de trabajo con posibilidad de afiliación sindical⁶⁵.

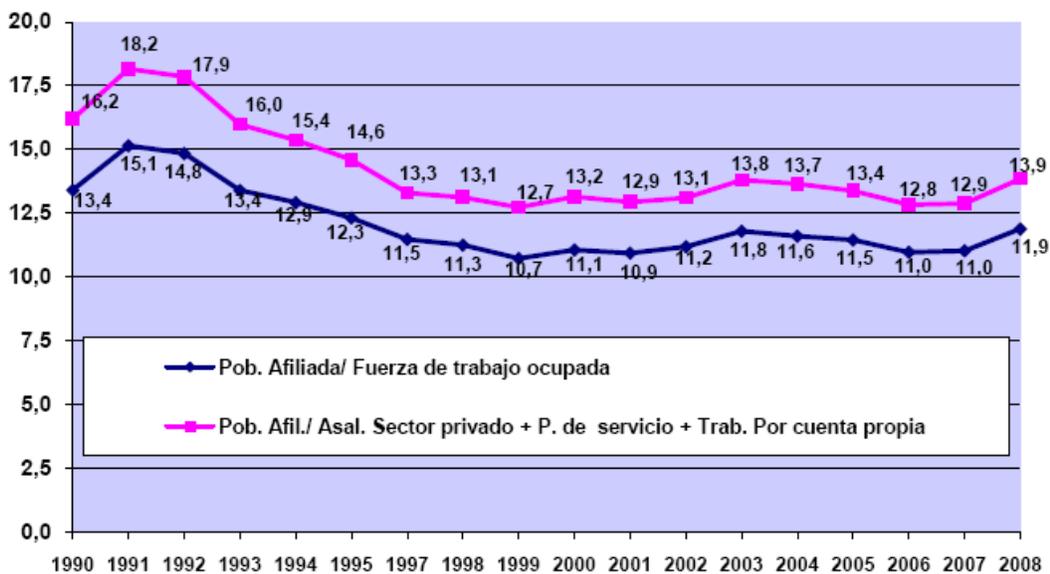
En 1990 el total de fuerza de trabajo ocupada era de 4.525.530, de los cuales 3.745.599 constituían la fuerza de trabajo ocupada con potencial de sindicalización⁶⁶. Y de acuerdo a esta cifra, la población afiliada a sindicatos activos era de 606.812, esto es, un 13.4%. En el año 2008, el total de fuerza de trabajo ocupada era de 6.740.408, de los cuales 5.782.781 constituían la fuerza de trabajo ocupada con potencial de sindicalización. Y la población afiliada a sindicatos activos era de 801.251, correspondiente al 11.9%⁶⁷.

⁶⁵ Encuesta Nacional de Condiciones Laborales ENCLA 2008. División de Estudios, Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile.

⁶⁶ Compendio de series estadísticas 1990-2008. Capítulo 1: Sindicalismo. Dirección Nacional del Trabajo. p. 8. Esta cifra incluye a asalariados sector privado, al personal de servicio, y a los trabajadores por cuenta propia. Excluye a los asalariados de la Administración Pública, ya que estos están impedidos de formar sindicatos.

⁶⁷ Ibid. Considerando el total de la población afiliada, incluyendo a asalariados del sector privado y además a personal de servicio y a trabajadores por cuenta propia, la tasa de sindicalización se incrementa a un 16.2% en 1990, y a un 13.9% en el 2008.

Gráfico N° 1: evolución tasas de sindicalización del total de la población Afiliada a Sindicatos, años 1990 a 2008.

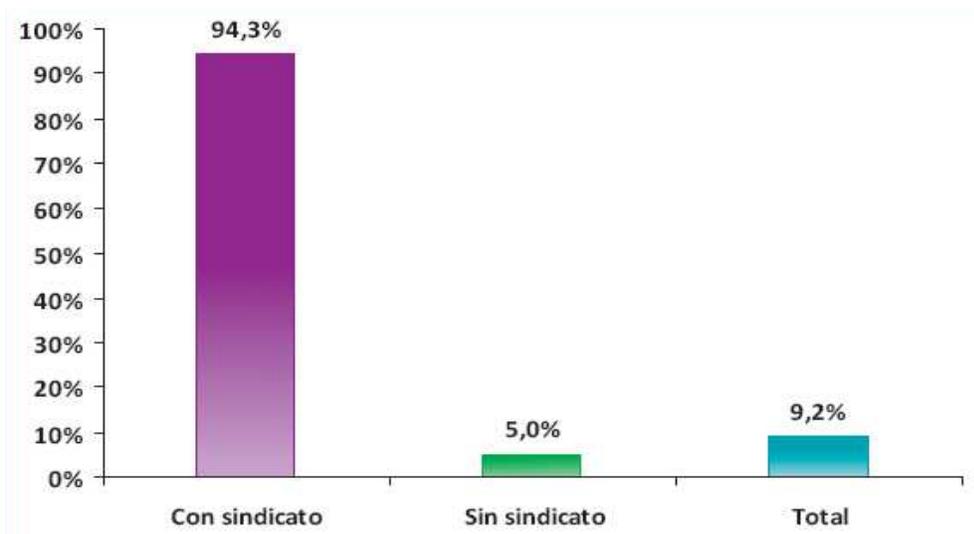


Entre estos años, podemos distinguir tres periodos que reflejan distintas tendencias en de las tasas de sindicalización: un primer período, que va desde 1990 a 1992, en el que se alcanza el nivel más elevado en la tasa de sindicalización hasta la fecha: el año 1991, con un 15.1% (y de un 18.2% considerando a asalariados del sector privado y además a personal de servicio y a trabajadores por cuenta propia); un segundo período, que va desde 1993 hasta 1999, con un descenso en la tasas de afiliación, llegando al nivel más bajo registrado de un 10.7% en 1999 (o un 12.7% incluyendo a asalariados del sector privado y además a personal de servicio y a trabajadores por cuenta propia); y un tercer periodo, desde el año 2000 hasta el año 2008, con un mantenimiento de la tasa de afiliación en cifras similares, alcanzando ese año un 11.9% (o 13.9% incluyendo a asalariados del sector privado y además a personal de servicio y a trabajadores por cuenta propia).

En cuanto a los instrumentos colectivos suscritos por los trabajadores, cabe apuntar que la gran mayoría de las empresas con instrumentos colectivos vigentes -han sido y- son empresas en las que existe sindicato mientras que la proporción de empresas sin sindicato, y que cuentan con

instrumentos colectivos vigentes es prácticamente inexistente (tan sólo de un 1,2% de las empresas). Estos datos revelan el rol rezagado que tienen los grupos negociadores como actores sustitutos de los sindicatos en la negociación colectiva, toda vez que comprenden sólo el 5% de trabajadores sin sindicato que negocia colectivamente. Y reflejan también que allí donde no existe sindicato, la posibilidad de efectuar negociación a través de los grupos negociadores es muy baja.

Gráfico N° 2: Proporción de Empresas en las que se ha negociado colectivamente en los últimos 5 años⁶⁸



1.4.2 Estadísticas de negociación colectiva

La negociación colectiva, tanto en el año 1990 como hoy, involucra a un porcentaje minoritario de los trabajadores de nuestro país, no alcanzando en ningún año llegar a los dos dígitos, en términos porcentuales.

Según los datos arrojados por la ENCLA 2008⁶⁹, la negociación colectiva en Chile continúa teniendo una cobertura muy baja: la tasa de negociación colectiva del total de

⁶⁸ Fuente: Encla 2008, p. 159

trabajadores del sector privado de cada año, considerando a los trabajadores que han suscrito instrumentos colectivos los dos últimos años, sin contar al personal de servicio doméstico, ha tenido un promedio 10,7% cada año. Y en los últimos 5 años, tan sólo en un 9,2% de las empresas se ha suscrito acuerdos colectivos con los trabajadores; de ellas, un 94,3% contaba con la presencia de, a lo menos, un sindicato.

En cuanto a la cantidad de trabajadores sindicalizados involucrados en instrumentos colectivos, en el año 1990, de un total de 138.737 trabajadores, 119.529 suscribieron contratos colectivos y 19.035, convenios colectivos⁷⁰; y en el año 2008, de un total de 219.636 trabajadores, 169.727 suscribieron contratos colectivos y 49.909, convenios.⁷¹ Hay que mencionar que estas cifras consideran el número de trabajadores involucrados en la suscripción de instrumentos colectivos en el lapso de un año, y tomando en cuenta que los contratos colectivos tienen una vigencia de entre dos y hasta cuatro años, estos datos muestran sólo un porcentaje del total de trabajadores sindicalizados que suscribieron instrumento colectivo en tales años.

1.4.3 Estadísticas de huelga

Los datos entregados por la Dirección del Trabajo permiten hacer un análisis de la evolución de la huelga legal en Chile, observando 3 fases en la evolución del conflicto laboral desde el año 1990.

De estas cifras se desprende que el período que va desde 1990 hasta mediados de 1992, está marcado por un aumento en de los conflictos laborales, llegando a niveles que no han vuelto a ser alcanzados desde entonces. Esta fuerte alza puede explicarse en parte por el retorno a la democracia, luego de un largo período de represión de la actividad sindical. En efecto, en el año

⁶⁹Encuesta Nacional de Condiciones Laborales ENCLA 2008. División de Estudios, Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile.

⁷⁰ Mientras que en los grupos negociadores, de un total de 45.819 trabajadores en 1990, 18.113 formaron que suscribieron contratos, y 27.706 suscribieron convenios, según la misma fuente.

⁷¹ mientras que en los grupos negociadores, de un total de 33.682 trabajadores que negociaron bajo esta modalidad, 11.818 de ellos suscribieron contratos y 21.864 suscribieron convenios, según la misma fuente.

1990 la cantidad de huelgas legales efectuadas alcanza las 176, y en 1992 -la cifra más alta del período en estudio-, ésta llega a las 247 huelgas.

En segundo lugar, en el período que va desde el segundo semestre de 1992 hasta el año 2005, podemos observar una tendencia a la baja, que si bien tuvo ciertos repuntes esporádicos, no logran marcar un giro de esta tendencia. Ya en 1993 comienza la tendencia al descenso, alcanzando su punto más bajo el año 2001 con tan sólo 86 huelgas.

Por último, en el período que va desde el año 2006 hasta el año 2009, se observa un notorio ascenso del conflicto laboral expresado en huelgas⁷².

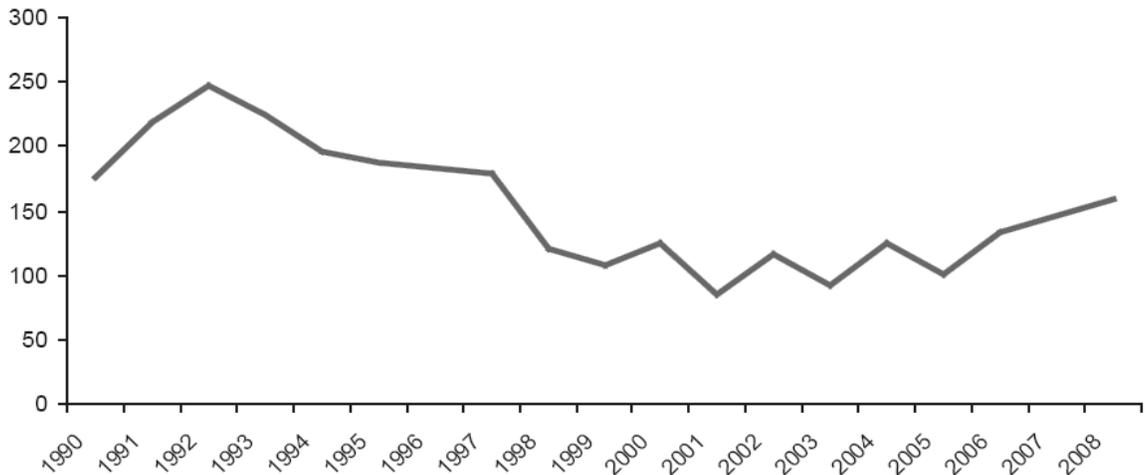
⁷² Compendio de series estadísticas 1990-2008. Capítulo 3: Huelgas. Dirección Nacional del Trabajo. P. 4.

Tabla 1: Cantidad de huelgas legales efectuadas, trabajadores involucrados, días de duración y costo días-persona, a nivel nacional, años 1990 a 2008

Año	Cantidad de huelgas legales efectuadas	Trabajadores involucrados	Total días duración	Promedio (días) duración huelga	Costo Dias-Hombre
1990	176	25.010	2.643	15,0	245.192
1991	219	45.910	2.725	12,4	730.925
1992	247	26.962	2.975	12,0	344.708
1993	224	25.098	2.578	11,5	311.979
1994	196	16.209	2.640	13,5	229.428
1995	187	24.724	2.324	12,4	350.124
1996	183	25.776	1.795	9,8	228.772
1997	179	19.278	1.850	10,3	250.599
1998	121	12.608	1.204	10,0	123.507
1999	108	10.667	1.308	12,0	103.232
2000	125	13.227	1.121	9,0	114.306
2001	86	11.591	805	9,4	127.157
2002	117	14.662	1.363	11,6	207.224
2003	92	10.443	802	8,7	73.467
2004	125	13.013	1.586	12,7	172.858
2005	101	11.209	1.131	11,2	99.931
2006	134	15.602	1.501	11,2	195.344
2007	146	17.294	1.593	10,9	163.770
2008	159	17.473	1.701	10,7	202.178

La tabla anterior ha sido graficada por la DT de manera que puede observarse las tendencias que se presentan desde el año noventa, encontrándonos actualmente en un período de alza de este fenómeno.

Gráfico 3: Evolución de Cantidad de Huelgas realizadas anualmente, años 1990 a 2008⁷³



Estos datos hasta el año 2008, deben ser complementados con las informaciones entregadas por la prensa respecto a las cifras del año 2009.

En efecto, ya es sabido que la tendencia al aumento progresivo de los últimos años, se ve confirmado con la información disponible del año 2009, en donde el número de huelgas y de trabajadores involucrados en ellas se incrementó nuevamente en comparación al año anterior. “Mientras en 2008 hubo 159 movilizaciones, en 2009 esta cifra llegó a 171, variación que significó un alza de 25% en el total de personas (sic) que utilizó dicho instrumento como medida de presión durante los procesos de negociación colectiva. Y a pesar de los efectos de la crisis económica sobre el mercado laboral, los resultados del ejercicio anterior no cambiaron la dirección ascendente de este tipo de conflictos. Así, la cantidad de trabajadores paralizados subió desde 11.209 en 2005 a 21.915 en 2009, lo que significó un alza considerable de 95%.”⁷⁴.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, es necesario consignar que las cifras aludidas consideran únicamente las huelgas legales, por lo que en ellas han quedado excluidos

⁷³ Fuente: ENCLA 2008, p. 149

⁷⁴ Artículo de Diario El Financiero. Vuelve a aumentar el número de huelgas legales durante 2009 e involucra a más trabajadores. [En Línea]. Minería Chilena. 16 de febrero de 2010. <http://www.mch.cl/noticias/imprimir_noticia_neo.php?id=22959> [consulta: 25 febrero 2010]

importantes sectores de trabajadores, entre los que podemos mencionar a aquellos que perteneciendo al sector privado realizan una huelga fuera de la oportunidad legal correspondiente, así como a los trabajadores del sector público.

CAPÍTULO 2: LA HUELGA EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 La Huelga en los Convenios 87, Sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, y 98, Sobre la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva

La Organización Internacional del Trabajo no cuenta con un instrumento internacional que se refiera exclusivamente a normar el derecho fundamental a la huelga. Sin embargo, como se señaló en el Capítulo Primero, se ha sostenido que ello no significa que este derecho fundamental no se encuentre reconocido en sus convenios elementales referidos a la materia: los convenios 87 y 98, principalmente en el primero de ellos⁷⁵. La doctrina de la OIT ha sostenido que el derecho a huelga se encuentra establecido de manera implícita en estos convenios, como se comprende del análisis armónico de su contenido. Además, lo anterior se desprende de las discusiones preparatorias que les precedieron, como es el caso del informe elaborado por la primera discusión habida en el primero de dichos convenios.

Así, para el Comité de Libertad Sindical (CLS) del Consejo de Administración de la OIT, “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”⁷⁶, conformando un “corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”

En efecto, tanto el Comité de Libertad Sindical como la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, han sostenido que la huelga es uno de los elementos esenciales de la libertad sindical, y que se encuentra incorporada a ésta en las normas que

⁷⁵ GERNIGON. Principios de la OIT sobre el derecho a Huelga. Op. Cit. p. 8

⁷⁶ Recopilación de 2006, párrafo 522. Citada en Boletín Oficial Dirección del Trabajo. Agosto 2009 [En línea]
<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-96869_recurso_1.pdf> [Consulta: 13 enero 2010]

contemplan el reconocimiento a las organizaciones sindicales a organizar sus actividades y formular su propio programa de acción.

2.1.1 Convenio 87 sobre a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

Aprobado en 1948, y ratificado por nuestro país en el año 1999, obliga a los miembros a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores –y a los empleadores- el libre ejercicio de derecho de sindicación.

Los órganos de control de la OIT han señalado que el derecho a huelga se encuentra implícito en sus artículos 3 y 10, que disponen⁷⁷:

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el 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.

Artículo 10

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.

⁷⁷ Convenio 87 sobre a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. OIT, 1948. [En línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C087>> [Consulta: 25 Enero 2010]

Por último, se puede mencionar el artículo 8, que impone limitaciones a los Estados en cuanto a que:

Artículo 8

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

De la interpretación de los artículos transcritos se desprende el rol esencial que cumple el derecho a huelga, como el mecanismo de tutela por excelencia con el que cuentan las organizaciones de trabajadores; ello, en cuanto a la centralidad que tiene la huelga en primer lugar, en la organización de las actividades, y luego, en la formulación de su propio programa de acción, para la defensa de sus intereses como sujeto colectivo de la relación laboral.

2.2.2 Convenio 98 sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva

Aprobado en 1949, establece que los países miembros respecto de los cuales les es aplicable, deben adoptar las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, para reglamentar a través de contratos colectivos las condiciones de empleo.

Si bien este instrumento se refiere principalmente a la promoción de la negociación voluntaria, en relación con la protección del derecho a huelga podemos mencionar el artículo 1° punto 1 y 2 letra b), que señalan:

Artículo 1

1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo⁷⁸.

En efecto, al ser parte integrante de la libertad sindical, la huelga tampoco puede ser menoscabada, no pudiéndose tomar represalias contra trabajadores a causa de su participación en actividades sindicales.

Considerando todo lo anteriormente señalado, surge la interrogante sobre los motivos por los cuales la OIT no ha dado al derecho a huelga el mismo tratamiento que ha dado a otros derechos fundamentales, en cuanto a delimitar su contenido y fijar los estándares que en esta materia deben cumplir los Estados miembro.

2.2 La huelga en el Derecho Comparado

Entre las clasificaciones que podrían realizarse de los modelos de huelga a nivel comparado, destacamos la que realiza PALOMEQUE, que distingue tres modelos normativos, a saber: el modelo contractual, que la considera como instrumento de reequilibrio de la correlación de fuerzas en la negociación; modelo laboral, que la reconoce como medio de autodefensa colectiva en todos los aspectos de las relaciones del trabajo; y por último el modelo polivalente que la proyecta como un medio de expresión y de acción de la clase trabajadora en todos los ámbitos de la vida social⁷⁹.

Asimismo, otra clasificación utilizada es la que distingue sistemas legales en que la finalidad de la huelga no se encuentra regulada por ley, de aquellos en que sí está regulada por la

⁷⁸ Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. OIT 1949. [En línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C098>> [Consulta: 25 Enero 2010]

⁷⁹ TAPIA, F. Op. Cit. p 72

legislación interna. Y dentro de esta última clasificación se encuentran los modelos polivalentes -el modelo polivalente amplio, y el modelo polivalente restringido-, y el modelo contractualista. A continuación analizaremos esta clasificación, para luego profundizar en el modelo norteamericano, con el objeto de cotejar dicho sistema con el modelo chileno de huelga.

2.2.1 Sistemas legales en que la finalidad de la huelga no se encuentra regulada por ley

Este sistema es el denominado Modelo Autónomo y es el que existe en aquellos ordenamientos jurídicos más respetuosos de la autonomía colectiva, en el cual son los propios autores quienes determinarán cuál será el objetivo de la huelga.

Es el caso de las legislaciones de países como Uruguay, Argentina, Brasil, Italia, Portugal. A modo de ejemplo, la Constitución italiana reconoce el derecho a huelga sin señalar qué finalidad debe perseguir, siendo la Corte Constitucional la que ha construido un concepto amplio de huelga: “la abstención colectiva del trabajo dispuesta por una pluralidad de trabajadores para el logro de un fin común”⁸⁰.

Citaremos otras normativas para ilustrar la regulación de este modelo.

Italia:

Art. 40

El derecho de huelga se ejercitará en el ámbito de las leyes que lo regulen⁸¹.

Uruguay:

Artículo 57

⁸⁰ Corte Suprema. Sentencia N° 711/980 de 30 de enero de 1980. Citada en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 82

⁸¹ Constitución de la República Italiana. [En línea] <<http://www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf>> [Consulta: 28 de Enero de 2010]

La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.

Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad⁸².

Argentina:

Art. 14 bis.- (...)

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo⁸³.

Portugal:

Artículo 59. Derecho a la huelga ("direito a greve")

1. Se garantiza el derecho a la huelga.

2. Compete a los trabajadores definir el ámbito de los intereses que se propongan defender mediante la huelga, ámbito que no podrá ser limitado por la ley⁸⁴.

Brasil:

⁸² Constitución de la República Oriental del Uruguay. [En línea] <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const997.htm>> [Consulta: 28 Enero 2010]

⁸³ Constitución de la Nación Argentina. [En línea] <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf> [Consulta: 29 de Enero de 2010]

⁸⁴ Constitución de Portugal. [En línea] <<http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>> [Consulta: 29 Enero 2010]

Artículo 9: compete a los trabajadores decidir sobre la oportunidad de ejercicio y sobre los intereses que por medio de la huelga deban defenderse⁸⁵.

2.2.2 Sistemas Legales que establecen pluralidad de finalidades: modelos polivalentes

Podemos clasificar los modelos polivalentes en a) modelo amplio o b) modelo restringido de huelga.

a) Modelo polivalente amplio: Las normas jurídicas determinan una finalidad genérica de la huelga. Ejemplo de este modelo, es el caso español que en su constitución señala: “se reconoce el derecho a huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Entonces, esta denominación genérica permite comprender dentro del concepto de “intereses”, cualquiera reivindicación de los trabajadores. Su regulación en la constitución política no obsta a que la propia ley española sea atentatoria contra el derecho a huelga⁸⁶.

España:

Artículo 28.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad⁸⁷.

b) Modelo polivalente restringido: las normas establecen diversas finalidades que se encuentran específicamente determinadas en las leyes. Generalmente la ley las limita a reivindicaciones económicas y/o de defensa de intereses profesionales. Tal es el caso del

⁸⁵ Constitución de la República federativa de Brasil. [En línea] <http://www.redipd.org/documentacion/legislacion/common/legislacion/Brasil/constitucion_brasil_1988.pdf> [Consulta: 29 Enero 2010]

⁸⁶ CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. Op. Cit p 82.

⁸⁷ Constitución Española. Constitución de Portugal. [En línea] <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2>> [Consulta: 30 Enero 2010]

Derecho Latinoamericano –Ecuador (artículo 497 del CdT de Ecuador), México (artículo 450 de la Ley Federal del Trabajo) y Panamá (artículo 480 del CdT Panamá)- y Norteamericano. En este último caso, además de ser legales las huelgas por reivindicaciones económicas dentro de la negociación colectiva, lo son también aquellas con motivo de prácticas antisindicales o desleales por parte del empleador.

A modo de ilustración, citaremos las disposiciones de los códigos de Panamá, Ecuador y México.

Panamá:

Artículo 480. La huelga deberá tener alguno de los siguientes objetivos:

1. Obtener del empleador mejores condiciones de trabajo.
2. Obtener la celebración de una convención colectiva de trabajo.
3. Exigir el cumplimiento de la convención colectiva de trabajo, del arreglo directo o del laudo arbitral, en las empresas, negocios o establecimientos donde hubiere sido violado, y si fuere preciso, la reparación del incumplimiento.
4. Obtener el cumplimiento de disposiciones legales violadas en forma general y reiterada en toda o parte de la empresa, negocio o establecimiento donde hubiere sido violado, y, si fuere preciso, la reparación del incumplimiento.
5. Apoyar una huelga que tenga por objetivo alguno o algunos de los mencionados en los ordinales anteriores, en los términos de los artículos 483 y 484.

Se entiende que la huelga se declara por motivo de los objetivos contenidos en el pliego de peticiones⁸⁸.

México:

⁸⁸

CdT de Panamá.
[En línea] <www.legalinfo-panama.com/legislacion/laboral/codtrabA1.pdf> [Consulta: 30 Enero 2010]

Artículo 450.- La huelga deberá tener por objeto:

I. Conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital;

II. Obtener del patrón o patrones la celebración del contrato colectivo de trabajo y exigir su revisión al terminar el período de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del Título Séptimo;

III. Obtener de los patrones la celebración del contrato-ley y exigir su revisión al terminar el período de su vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo IV del Título Séptimo;

IV. Exigir el cumplimiento del contrato colectivo de trabajo o del contrato-ley en las empresas o establecimientos en que hubiese sido violado;

V. Exigir el cumplimiento de las disposiciones legales sobre participación de utilidades;

VI. Apoyar una huelga que tenga por objeto alguno de los enumerados en las fracciones anteriores; y

VII. Exigir la revisión de los salarios contractuales a que se refieren los artículo 399 bis y 419 bis⁸⁹.

2.2.3 Sistemas legales que establecen finalidad única: modelo contractualista.

En este modelo, se fija una única y determinada finalidad para la huelga: la negociación de un instrumento colectivo. Cualquiera otra huelga que no cumpla con esta finalidad, es considerada como ilícita.

Este modelo es excepcional en el derecho comparado: en Latinoamérica es el caso peruano, y el chileno. En nuestra legislación, son ilegales un sinnúmero de huelgas que en el derecho comparado son consideradas lícitas, tales como las huelgas de reivindicación política y

⁸⁹ Ley federal del trabajo, México. [En línea] <<http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125.pdf>> [Consulta: 30 Enero 2010]

económica, defensivas de cumplimiento de convenio colectivo, las de solidaridad, por prácticas desleales del empleador, etc.

2.2.4 El modelo Norteamericano de Huelga

La constitución de los Estados Unidos no consagra explícitamente el derecho a huelga de ninguna forma. Sin embargo, está regulada a través de leyes federales que norman las cuestiones específicas sobre esta materia.

En general existen en esa legislación dos prototipos de huelgas legales⁹⁰: las huelgas económicas dentro del proceso de negociación colectiva, que son aquellas que se producen dentro del proceso negociador siempre que no se haya llegado a acuerdo; y las huelgas legales independientes del proceso de negociación colectiva, que son aquellas que se pueden producir por prácticas antisindicales del empleador en contra de la organización sindical, estando vigente el convenio colectivo o en situaciones de discriminación, aún no existiendo convenio colectivo.

Durante la huelga, el empleador no puede interferir en el derecho de un determinado trabajador a participar de ella, y se mantienen vigentes durante ésta los derechos emanados del convenio colectivo vigente.

Si el empleador despide a algún huelguista, o bien, discrimina en cualquier forma, será sancionado por prácticas desleales, sin perjuicio del derecho que le asiste al trabajador de mantener su convenio de trabajo⁹¹.

Por otra parte, cuando la huelga se produce por prácticas antilaborales del empleador (por ejemplo, con motivo de un despido discriminatorio), los trabajadores en huelga tienen derecho a ser reintegrados.

⁹⁰ WALKER, Francisco. La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado. Santiago de Chile. Oficina Internacional del Trabajo. 2003. p 103.

⁹¹ WALKER, F. Op. Cit. p 105

En relación al remplazo de trabajadores en huelga, la legislación no lo prohíbe, aunque buena parte de la doctrina laboralista estima que debiera prohibirse. La jurisprudencia en general ha aceptado el remplazo, excepto cuando se trate de prácticas antisindicales del empleador en que la jurisprudencia mayoritaria estima que no se puede contratar reemplazantes permanentes⁹² (aunque hay jurisprudencia dividida en relación con la posibilidad de contratarlos temporalmente).

⁹² WALKER, F. Op. Cit. p. 107

CAPÍTULO 3: LA HUELGA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

3.1 La huelga en la Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República no establece expresamente el derecho a huelga dentro del catálogo de derechos fundamentales consagrado en el artículo 19.

El artículo 19 N° 16 en su inciso cuarto establece el derecho a la negociación colectiva:

“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar...”

Y el inciso quinto señala:

“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”.

Se ha afirmado, en relación con esta disposición, que “no existe desde el primitivo texto constitucional, reconocimiento del derecho de huelga y más bien, la norma constitucional contiene restricciones a su ejercicio, con expresa remisión a su regulación por ley”⁹³.

⁹³ TAPIA, Francisco. El reconocimiento constitucional de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva. En: Negociación Colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009. p. 160.

Sin embargo, un autor⁹⁴ argumenta que el derecho a huelga encontraría protección constitucional desde el año 1989, con la modificación realizada al inciso 2° del artículo 5° constitucional⁹⁵, ya que se reconoce como limitación al ejercicio de la soberanía el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyendo un deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados tanto por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Y entre ellos, atendida la ratificación de los Convenios 87 y 98 de la OIT, y demás instrumentos internacionales ya referidos en el capítulo 1, están los derechos sindicales, la libertad sindical y derecho a huelga.

La doctrina laboralista mayoritaria ha sostenido que el derecho a huelga ha sido reconocido como una garantía constitucional implícita, reconocido tácitamente; que la norma contenida en el artículo 19 N° 16 en comento afirma este derecho por vía de las limitaciones, que se consagra por vía de exclusión al inhabilitar a ciertos sectores de trabajadores de su ejercicio.

Y como no establece una limitación general, a *contrario sensu*, “hay que interpretar que en los demás casos, sí está permitido el derecho a huelga, con lo cual el asunto resulta ser más semántica que otra cosa: hay un reconocimiento tácito, no expreso, y una prohibición limitada a determinados tipos de huelga, o una excusión de ciertos sujetos como titulares de derecho”⁹⁶.

En el mismo sentido se ha pronunciado Macchiavello: “*contrario sensu*, corresponde entender que los demás trabajadores no incluidos en la prohibición tienen el derecho asegurado por la Constitución de declarar y hacer efectiva la huelga”⁹⁷.

Gamonal, con una lectura similar pero con un criterio sistemático de interpretación, sostiene que no está consagrada la huelga como derecho de rango constitucional en el artículo 19 N° 16. Señala este jurista que la disposición debe interpretarse armónicamente, que la negociación colectiva y la huelga forman parte de la autonomía

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ A través de la dictación de la Ley N° 18.825, consecuencia del pacto político de 1989.

⁹⁶ ERMIDA, Oscar. Apuntes sobre la huelga. En UGARTE, J. y CAAMAÑO, S. Op. Cit. p. 79.

⁹⁷ MACCHIAVELLO, Guido. Derecho Colectivo del Trabajo: teoría y análisis de sus normas. Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1989. p. 443.

colectiva o sindical contemplada en el artículo 19° N° 19⁹⁸; que por tanto, la consagración general está establecida en esta norma, y que las dos reglas específicas establecidas en el artículo 19 N° 16 relativas a negociación colectiva y a la prohibición de la huelga en ciertas actividades, serían sólo un complemento de dicha consagración general⁹⁹.

Cabe agregar que algunos constitucionalistas en cambio, han sostenido que no se regula la huelga como un derecho constitucional, y que sólo tiene jerarquía legal¹⁰⁰.

Por último, la Corte Suprema ha afirmado la huelga como tácitamente reconocida por el constituyente, señalando que: “en nuestro país la Constitución de 1980 implícitamente reconoce la huelga como derecho y sólo la prohíbe para los funcionarios del Estado”¹⁰¹.

3.2 La huelga en el Código del Trabajo

Como ya se ha indicado, en el Código del Trabajo el derecho a huelga ha sido reducido a una etapa del procedimiento de negociación colectiva reglada. Se encuentra regulada en el artículo 369 y siguientes de este cuerpo legal, en el Título VI, “De la Huelga y el Cierre Temporal de la Empresa”, dentro del Libro IV De la Negociación Colectiva.

Antes de adentrarnos en el estudio de este tópico, revisaremos brevemente las formas de negociación colectiva tipificadas en dicho Código.

⁹⁸ En el inciso tercero de dicho numeral, que prescribe: “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas”.

⁹⁹ GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago de Chile, Ed. Lexisnexis. 2002. p. 53.

¹⁰⁰ VERDUGO, PFEFFER y NOGUEIRA. En TAPIA, Francisco. Sindicatos en el derecho chileno del trabajo. 2ª ed, Santiago de Chile, Lexisnexis, 2007. p. 209 y 210.

¹⁰¹ Corte Suprema, Rol N° 7.244, de 30 de agosto de 1988.

3.2.1 Negociación colectiva en el Código del Trabajo

Partiremos por definir la negociación colectiva de acuerdo a los parámetros que establece la OIT, en su convenio 154 –que Chile no ha ratificado- en donde se define como:

“Todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones 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; y/o
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, y/o
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores.¹⁰²

En la legislación chilena la negociación colectiva se regula en el Libro IV, denominado “De la Negociación Colectiva”, definiéndose en el artículo 303 de CdT, en los términos siguientes:

“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...”.

Como se desprende de la simple lectura de la disposición, esta normativa contempla únicamente como objetivo de la negociación colectiva el de fijar las condiciones comunes de trabajo y de empleo, siempre ejercitándose este derecho de acuerdo a las reglas correspondientes. Por ello, la negociación colectiva chilena ha sido caracterizada por los sectores más avanzados de la doctrina nacional como un procedimiento cuya regulación legal es excesiva, compleja y restrictiva, al prohibir expresamente a ciertos trabajadores negociar colectivamente, establecer procedimientos largos y engorrosos de negociación, no promover instancias efectivas de debate y diálogo entre las partes ni acuerdos laborales dinámicos, sino tan

¹⁰² Convenio 154 sobre fomento de la negociación colectiva. Organización Internacional del Trabajo [En línea] <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2005/105B09_268_span.pdf> [Consulta: 20 enero 2010]

sólo trámites procedimentales que deben cumplirse, a riesgo de perder el derecho a negociar o a efectuar una huelga¹⁰³.

La negociación colectiva en el derecho chileno puede ser de tres tipos. Trataremos brevemente la negociación no reglada y semi reglada, y luego en extenso la huelga en la negociación reglada.

En primer lugar hay que hacer referencia a la negociación colectiva no reglada, regulada en el artículo 314 del CdT¹⁰⁴, que establece ciertos criterios para una negociación “libre” y sin sujeción a normas de procedimiento: ésta es de carácter voluntaria para el empleador, los trabajadores involucrados no tienen derecho a fuero, y el empleador no tiene la obligación de entregar información necesaria para la elaboración del proyecto de los trabajadores. A través de esta negociación, trabajadores y empleador firman un instrumento colectivo llamado convenio colectivo.

Además de la anterior, el Código del Trabajo ha incorporado un tipo de negociación semi reglada, consagrada en el artículo 314 bis¹⁰⁵, que establece ciertos requisitos mínimos para llevar a cabo la negociación y llegar a la firma de un convenio colectivo al igual que en la no reglada.

¹⁰³ LOPEZ Fernández, Diego. En: Ineficacia del derecho a negociar colectivamente en Chile. Negociación colectiva en Chile, la debilidad de un derecho imprescindible. Op. Cit. p. 51.

¹⁰⁴ Artículo 314: “sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directa y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado.

Los sindicatos de trabajadores transitorios o eventuales podrán pactar con uno o más empleadores, condiciones comunes de trabajo y remuneraciones para determinadas obras o faenas transitorias o de temporada”.

¹⁰⁵ Art. 314 bis: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, tratándose de grupos de trabajadores que se unan para negociar, deberán observarse las siguientes normas mínimas de procedimiento:

- a) Deberá tratarse de grupos de ocho o más trabajadores.
- b) Los trabajadores serán representados por una comisión negociadora, de no menos de tres integrantes ni más de cinco, elegida por los involucrados en votación secreta celebrada ante un Inspector del Trabajo.
- c) El empleador estará obligado a dar respuesta a la presentación hecha por los trabajadores dentro del plazo de 15 días. Si así no lo hiciere, se aplicará la multa prevista en el artículo 506.
- d) La aprobación de la propuesta final del empleador deberá ser prestada por los trabajadores involucrados en votación secreta celebrada ante un inspector del Trabajo.

Si se suscribiere un instrumento sin sujeción a estas normas mínimas de procedimiento, éste tendrá la naturaleza de contrato individual de trabajo y no producirá el efecto de un convenio colectivo.

Estas dos formas de negociación no contemplan ningún tipo de garantías para los trabajadores involucrados: en primer lugar, no existe obligación para la empresa de participar en la negociación para la suscripción de un instrumento colectivo; luego, no existe fuero para los trabajadores involucrados, y por último, no existe el derecho a huelga.

3.2.1.1 Negociación colectiva reglada y huelga

La negociación colectiva reglada está normada desde el artículo 315 en adelante de CdT, siendo ésta la única vía que posibilita, luego de un largo procedimiento, el ejercicio de la huelga legal. Para llegar a ella, como se verá más adelante, es preciso que los trabajadores hayan recorrido camino de la negociación reglada de plazos y los requisitos de forma en general.

El profesor Diego López sintetiza la situación del derecho a huelga señalando que está severamente limitado, reducido a su mínima expresión. En definitiva: los trabajadores no tienen libertad para declarar la huelga, ella tan sólo puede ocurrir –en el mejor de los casos- cada dos años para cada período negociador luego de un largo proceso burocratizado y largamente previsto por el empleador para prevenir los efectos de la paralización. Además, los trabajadores que negocian tienen la obligación legal de tolerar el ingreso de reemplazantes que eventualmente decida contratar el empleador. Por último, los propios huelguistas pueden optar por descolgarse de la huelga sin consultarlo con los demás socios del sindicato. Todo lo anterior, se ha dicho, en la práctica desincentiva la utilización del derecho a huelga, conjuntamente con quitarle gran parte de su eficacia¹⁰⁶.

Veamos las reglas específicas contenidas en el Código del Trabajo:

Para empezar, la huelga debe ser votada en asamblea. La época de la votación va a depender de si existe o no instrumento colectivo. En caso de que exista instrumento colectivo anterior vigente, debe realizarse uno de los últimos cinco días de vigencia de éste. El artículo 370 letra b) estipula que en caso de no existir instrumento colectivo vigente, la votación debe realizarse dentro de los últimos cinco días de un total de 45 o de 60 desde la presentación del proyecto de

Con todo, si en una empresa se ha suscrito un convenio colectivo, ello no obstará para que los restantes trabajadores puedan presentar proyectos de contrato colectivo, de conformidad al artículo 317”.

¹⁰⁶ LOPEZ, Diego. Op. Cit. p. 51.

contrato dependiendo si es una negociación de empresa o interempresas. Si la votación no se realiza por motivos ajenos a los trabajadores, el plazo se amplía otros cinco días.

En cuanto al desarrollo de la huelga, se ha dicho que se pueden distinguir tres etapas, a saber: convocatoria, aprobación, ejecución¹⁰⁷.

a) Convocatoria:

La convocatoria por parte de la comisión negociadora, tal como lo establece el artículo 370 inciso segundo, debe realizarse al menos con cinco días de anticipación para que los trabajadores escojan si aceptar la última oferta del empleador, o declarar la huelga.

En el plazo establecido en el artículo 372¹⁰⁸, el empleador debe informar a todos los trabajadores cuál es su última oferta, y acompañar una copia de ella a la IT¹⁰⁹ correspondiente, al menos dos días antes de que se cumpla el plazo de cinco últimos días de vigencia del instrumento, o del plazo de 45 días¹¹⁰ desde que se presenta el proyecto, en caso de no existir instrumento colectivo vigente.

El empleador debe dar a conocer su última oferta por escrito, entregando una copia a la comisión negociadora y dejando una copia en poder de la IT, aunque esto no será necesario en caso de que la última oferta coincida con la respuesta al proyecto de contrato colectivo¹¹¹.

b) Aceptación

De acuerdo al artículo 373, si una vez transcurridos los plazos mencionados, la votación no se realiza en la oportunidad indicada, se presume que los trabajadores han aceptado la última oferta del empleador.

¹⁰⁷ GAMONAL, S. Op. Cit. p. 433.

¹⁰⁸ Plazo de a lo menos dos días antes del de cinco días establecido en el artículo 370 del Código del Trabajo.

¹⁰⁹ Inspección del Trabajo.

¹¹⁰ O un plazo de 60 días en el caso de tratarse de una negociación colectiva interempresas.

¹¹¹ El artículo 329 del CdT regula los requisitos que debe contener la respuesta del proyecto de contrato.

El voto debe contener tan sólo las opciones “última oferta del empleador” y “huelga”, y esta votación es secreta, pudiendo participar todos los trabajadores involucrados en la negociación colectiva, en presencia de un ministro de fe¹¹².

Por otra parte el artículo 372 en su inciso final establece una norma que prohíbe la realización de asambleas al interior de la empresa el día de la votación de la huelga.

Para que se declare la huelga, debe votar a favor la mayoría absoluta de trabajadores de la empresa involucrada. Si el quórum no se obtuviera, el legislador nuevamente presume que los trabajadores han aceptado la última oferta del empleador¹¹³.

Esta presunción de voluntad colectiva tácita ha sido cuestionada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT la en términos 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”¹¹⁴.

c) Ejecución:

Una vez aprobada la huelga, el procedimiento entra en su última fase, la de ejecución. Ésta se inicia con el cese de la actividad por parte de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación colectiva (si más de la mitad de los trabajadores continúa con sus labores en la empresa, el CdT comprende que la huelga no se ha hecho efectiva).

La ejecución debe realizarse al inicio de la jornada del tercer día siguiente a que es aprobada, aunque este plazo es prorrogable por mutuo acuerdo de las partes, por otros diez días más¹¹⁵. Si

¹¹² Los ministros de fe, según lo dispone el artículo 218 del CdT, pueden ser los inspectores del trabajo, los notarios públicos, los oficiales del Registro civil y los funcionarios de la Administración del Estado que sean designados en calidad de tales por la Dirección del Trabajo.

¹¹³ Artículo 373 CdT.

¹¹⁴ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p.148.

¹¹⁵ Artículo 374 CdT.

la huelga no se hace efectiva en la oportunidad prevista, se entenderá que los trabajadores han desistido de ella y han aceptado tácitamente la última oferta del empleador.

En relación con esta norma, nuevamente la OIT ha objetado la legislación chilena indicando que: “La Comisión considera el hecho de no hacerse efectiva la huelga dentro de 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”¹¹⁶. Y agrega que “los trabajadores no deberían perder sus derecho de recurrir a la huelga por no hacerlo efectivo dentro de los tres días de declarada la misma”¹¹⁷.

Expertos en la aplicación de Derechos Humanos han apuntado que se está en presencia de una doble votación: junto con la fijación de un plazo por ley entre la aprobación de la huelga y su ejecución, la ley fija una segunda votación al exigir que la mayoría de los trabajadores haga efectiva la huelga ya votada días antes, presumiendo que de no conseguirse en esta instancia la mayoría absoluta, la huelga cede a favor de la última oferta del empleador. En efecto, se ha sostenido que “este sistema de doble votación, primero al momento de votarla, y luego al momento de hacerla efectiva, es una traba innecesaria que lesiona la autonomía sindical”¹¹⁸.

Una vez iniciada la huelga los trabajadores no pueden reincorporarse a sus funciones y si el empleador les ofrece condiciones especiales a cada trabajador por separado o individualmente, incurrirá en una práctica desleal.

Si se ejecutara una huelga que no reúne los requisitos previstos por el CdT, el legislador considerará a ésta como una huelga ilegal, lo que podrá traer como consecuencia:

1. el sindicato podrá incurrir en una causal de disolución por incumplimiento grave de las obligaciones que le impone la ley, de acuerdo a lo establecido en el artículo 297 de CdT.

2. puede aplicárseles la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado.

¹¹⁶ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p.148.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p 149.

3. el empleador podrá poner término a los contratos individuales de trabajo por las causales de incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, por la causal de no concurrencia del trabajador a sus labores cumpliéndose con los requisitos del art 160 n° 3; o por el abandono del trabajo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 160, n°4, letra b).

Por último, dentro de las 48 horas siguientes de acordada la huelga, el artículo 374 bis establece la posibilidad de que cualquiera de las partes solicite al inspector del trabajo su intervención a través de la mediación administrativa o buenos oficios. Transcurridos cinco días sin que las partes hubiesen llegado a acuerdo, el inspector dará por terminadas sus funciones, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil. La mediación puede prorrogarse, por mutuo acuerdo de las partes, por un lapso de cinco días más. Sobre este punto se volverá en un acápite específico, en el capítulo 4.

En cuanto a la terminación de la huelga, en nuestra legislación la huelga tiene carácter indefinido, todo va a depender de cuánto demore en solucionarse el conflicto y del poder de negociación de las partes. Ésta puede terminarse o por voluntad colectiva, o por voluntad individual, además de finalizar por reanudación de faenas.

La huelga terminará por voluntad colectiva cuando se recurra al contrato colectivo forzoso¹¹⁹, o bien por votación. En este último caso, durante el transcurso de la huelga la comisión negociadora puede convocar a nuevas votaciones en relación a: a) nuevos ofrecimientos por parte del empleador, b) para concurrir a buenos oficios, c) para someter el asunto a arbitraje, o bien d) aceptación de la última oferta¹²⁰.

¹¹⁹ Artículo 369: “Si llegada la fecha de término del contrato, o transcurridos más de cuarenta y cinco días desde la presentación del respectivo proyecto si la negociación se ajusta al procedimiento del Capítulo II del Título II, o más de sesenta si la negociación se ajusta al procedimiento del, las partes aún no hubieren logrado un acuerdo, podrán prorrogar la vigencia del contrato anterior y continuar las negociaciones.

La comisión negociadora podrá exigir al empleador, en cualquier oportunidad, durante el proceso de negociación, la suscripción de un nuevo contrato colectivo con iguales estipulaciones a las contenidas en los respectivos contratos vigentes al momento de presentarse el proyecto. El empleador no podrá negarse a esta exigencia y el contrato deberá celebrarse por el plazo de dieciocho meses.

Con todo, no se incluirán en el nuevo contrato las estipulaciones relativas a reajustabilidad tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios pactados en dinero.

Para todos los efectos legales, el contrato se entenderá suscrito en la fecha en que la comisión negociadora comunique, por escrito, su decisión al empleador”.

¹²⁰ Artículo 378 CdT.

Terminará por voluntad individual cuando opere el reintegro de más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación, cumpliéndose con los demás requisitos legales¹²¹. Esto implicará que ellos renuncian a la huelga aceptando la última oferta del empleador.

Si la última oferta es oportuna y reúne los requisitos establecidos en la ley, los trabajadores pueden reintegrarse a partir del decimoquinto día de haberse hecho efectiva la huelga¹²². En caso contrario los trabajadores podrán reintegrarse individualmente a sus labores a partir del trigésimo día.

Si la última oferta cumple con los requisitos de idénticas estipulaciones que el contrato colectivo anterior, reajustabilidad mínima anual y bono de reemplazo, pero no es realizada en forma oportuna, los trabajadores podrá reintegrarse individualmente a sus labores a partir del décimo quinto día de realizada la última oferta, o bien desde el trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera éstos plazos se cumpla primero.

3.3 Efectos de la huelga

Si bien los efectos de la huelga son cuatro, tan sólo nos detendremos con mayor detalle en aquellos que afectan directamente a la huelga como derecho fundamental: estos son la institución del Lock-Out y el Reemplazo de Trabajadores.

3.3.1 Suspensión de la relación laboral y posibilidad de celebrar contratos temporales

Establece en el artículo 377, inciso primero del Código¹²³ que se entenderá suspendida la relación laboral entre el empleador y los trabajadores involucrados en la huelga durante el

¹²¹ Artículo 381, 382 y 383 CdT.

¹²² Artículo 381 CdT.

¹²³ Art. 377: “Durante la huelga o el cierre temporal o lock-out se entenderá suspendido el contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados o a quienes afecte, en su caso.

En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato.

Durante la huelga o durante el cierre temporal o lock-out, los trabajadores podrán efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa, sin que ello signifique el término del contrato de trabajo con el empleador.

tiempo que dure la misma. Esto implica que no son exigibles en este tiempo las obligaciones propias del contrato de trabajo, es decir, la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia por una parte, y el pago de la remuneración, por la otra.

Desde ya podemos decir que la suspensión no afecta ni la antigüedad del trabajador para efectos de la indemnización por años de servicio, ni feriado legal, ni beneficios como gratificación o aguinaldos, o asignaciones familiares. En todo caso, se volverá sobre este punto en el Capítulo 4, al tratar la jurisprudencia administrativa.

Debido a que la relación laboral se encuentra suspendida, los trabajadores además pueden efectuar trabajos temporales fuera de la empresa, según lo establecido en el artículo 377 en su inciso segundo, sin que ello implique el término de la relación laboral.

3.3.2 Lock-Out o Cierre temporal de la Empresa

Esta institución, consagrada en los artículos 375, 376 y 377 del CdT¹²⁴, es la herramienta que entrega el legislador a la parte empleadora para contrarrestar los efectos de una huelga.

Durante la huelga los trabajadores podrán efectuar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos. Sin embargo, en caso de lock-out, el empleador deberá efectuarlas respecto de aquellos trabajadores afectados por éste que no se encuentren en huelga”.

¹²⁴ Art. 375: “Acordada la huelga y una vez que ésta se hubiere hecho efectiva, el empleador podrá declarar el lock-out o cierre temporal de la empresa, el que podrá ser total o parcial.

Se entenderá por lock-out el derecho del empleador, iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa o predio o al establecimiento.

El lock-out es total si afecta a todos los trabajadores de la empresa o predio, y es parcial cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa.

Para declarar lock-out parcial será necesario que en el establecimiento respectivo haya trabajadores involucrados en el proceso de negociación que lo origine.

Los establecimientos no afectados por el lock-out parcial continuarán funcionando normalmente.

En todo caso, el lock-out no afectará a los trabajadores a que se refieren los números 2, 3 y 4 del artículo 305.

El lock-out no podrá 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”.

Art. 376. “El lock-out, sea total o parcial, sólo podrá ser declarado por el empleador si la huelga afectare a más del cincuenta por ciento del total de trabajadores de la empresa o del establecimiento en su caso, o significare la paralización de actividades imprescindibles para su funcionamiento, cualquiera fuere en este caso el porcentaje de trabajadores en huelga.

La doctrina la ha clasificado esta institución en cierre de carácter defensivo –aquél que realiza la empresa para ejercer presión hacia los huelguistas para que depongan la movilización-, cierre ofensivo –utilizado por la empresa para imponer condiciones, sin que sea preciso la existencia previa de una negociación o conflicto laboral-, y cierre de solidaridad o simpatía – cuando se realiza para apoyar la acción de otras empresas¹²⁵.

De la redacción del artículo se desprende que el Lock Out establecido en la legislación chilena es de carácter defensivo, ya que tan sólo procede a condición de la existencia de una huelga y como respuesta a ésta.

A su vez, este cierre puede ser de carácter total, cuando afecta a todos los trabajadores de la empresa, o bien parcial cuando afecte a todos los trabajadores de uno o más establecimientos. Ya sea total o parcial, el cierre patronal sólo podrá ser declarado si concurre uno de estos dos requisitos: que la huelga afecte a más del 50% del total de los trabajadores de la empresa o establecimiento, o que la paralización se haya realizado en actividades de carácter imprescindible para el funcionamiento de la empresa o establecimiento, sin importar el porcentaje de trabajadores en huelga.

Por su parte, en el lock-out parcial, los establecimientos que no sean afectados pueden seguir funcionando de manera normal. En todo caso, la declaración tiene como requisito que en el establecimiento respectivo existan trabajadores que estén involucrados en la negociación colectiva que sirva de fundamento al cierre.

Sea total o parcial, el lock-out exime al empleador de cumplir con la obligación principal del contrato respecto a los trabajadores que no están involucrados en la huelga, lo que podría generar una presión de parte de éstos hacia los huelguistas, para que se incorporen a la faena. En efecto, el artículo 377 es claro en señalar que la relación laboral se entiende suspendida con quienes no se encuentran involucrados en el conflicto, y tan sólo permanece para el empleador la obligación de pagar las cotizaciones previsionales respecto de estos trabajadores.

En caso de reclamo, la calificación de las circunstancias de hecho señaladas en el inciso anterior la efectuará la Inspección del Trabajo, dentro de tercero día de formulada la reclamación, sin perjuicio de reclamarse judicialmente de lo resuelto conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 380”.

¹²⁵ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 457.

3.3.3 Posibilidad de contratar trabajadores reemplazantes o rompehuelgas

La legislación chilena establece en el artículo 381 del CdT¹²⁶ la institución del reemplazo de trabajadores en huelga. Este artículo en su encabezado señala de manera de “prohibición-aceptación” la contratación de rompehuelgas, contemplando una serie de requisitos que, una vez cumplidos, autorizarán al empleador a proceder al reemplazo. Específicamente, las condiciones que deben cumplirse son:

¹²⁶ Art. 381: “Estará prohibido el reemplazo de los trabajadores en huelga, salvo que la última oferta formulada, en la forma y con la anticipación indicada en el inciso tercero del artículo 372, contemple a lo menos:

- a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento;
- b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses;
- c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante.

La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado.

En este caso, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los involucrados en la huelga, a partir del primer día de haberse hecho ésta efectiva.

Además, en dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si el empleador no hiciese una oferta de las características señaladas en el inciso primero, y en la oportunidad que allí se señala, podrá contratar los trabajadores que considere necesarios para el efecto ya indicado, a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando ofrezca el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo. En dicho caso, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga.

Si la oferta a que se refiere el inciso primero de este artículo fuese hecha por el empleador después de la oportunidad que allí se señala, los trabajadores podrán optar por reintegrarse individualmente a sus labores, a partir del décimo quinto día de materializada tal oferta, o del trigésimo día de haberse hecho efectiva la huelga, cualquiera de estos sea el primero. Con todo, el empleador podrá contratar a los trabajadores que considere necesarios para el desempeño de las funciones de los trabajadores involucrados en la huelga, a partir del décimo quinto día de hecha ésta efectiva.

En el caso de no existir instrumento colectivo vigente, la oferta a que se refiere el inciso primero se entenderá materializada si el empleador ofreciere, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, el empleador podrá formular más de una oferta, con tal que al menos una de las proposiciones cumpla con los requisitos que en él se señalan, según sea el caso, y el bono a que se refiere la letra c) del inciso primero de este artículo.

Si los trabajadores optasen por reintegrarse individualmente a sus labores de conformidad a lo dispuesto en este artículo, lo harán, al menos, en las condiciones contenidas en la última oferta del empleador.

Una vez que el empleador haya hecho uso de los derechos señalados en este artículo, no podrá retirar las ofertas a que en él se hace referencia”.

a) Idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas según el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento;

b) Una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los doce últimos meses;

c) Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante.

Para evaluar el alcance de esta regulación trataremos los aspectos que se abordan en los incisos siguientes¹²⁷.

En caso de no cumplirse lo estipulado en las letras a) y b), el empleador estará autorizado para contratar reemplazantes desde el décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando cumpla con ofrecer el bono establecido en la letra c) del inciso primero.

Cabe destacar que -como bien lo apunta el profesor Gamonal-, de acuerdo a lo estipulado en el inciso sexto, quedan prácticamente desprotegidos los trabajadores que no tienen contrato colectivo vigente al establecerse que se entenderá materializada la oferta del inciso primero del artículo 381, si el empleador ofreciere por lo menos una reajustabilidad mínima anual, según variación de IPC para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses. En este caso, como bien se ha dicho, bastaría con ofrecer un contrato con la reajustabilidad indicada, aunque no contuviera ningún beneficio remuneracional, ni siquiera siendo necesario el pago del bono¹²⁸.

Se establece además en la referida norma, que si la oferta reúne los requisitos a), b) y c), mas no es oportuna de acuerdo al encabezado (el plazo del artículo 372, que el empleador tiene para informar sobre su última oferta), de igual manera podrá reemplazar las funciones de los huelguistas a partir del día 15 desde que ésta se hizo efectiva.

¹²⁷ Para un mayor abundamiento, ver GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 450.

¹²⁸ *Ibíd.*

Por último se establece que aunque no se cumplan los requisitos a) y b), ni tampoco la oportunidad indicada en el encabezado, de igual manera el empleador podrá reemplazar a los huelguistas a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre y cuando cumpla con ofrecer el bono de remplazo.

3.3.4. El reemplazo de trabajadores en el derecho comparado e internacional

El Comité de Libertad Sindical ha admitido el reemplazo de trabajadores en huelga únicamente en los siguientes casos: a) cuando se trate de algún servicio esencial en el que la legislación prohíbe la huelga, y b) cuando se crea una situación de crisis nacional aguda. En el mismo sentido, la Comisión de Expertos ha considerado 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”¹²⁹.

La OIT ha sido insistente en recomendar al Estado chileno la modificación de esta normativa, por constituir una violación al principio de libertad sindical; a través de la Comisión de Expertos ha solicitado al Gobierno chileno que “tome las 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. La Comisión toma nota de que el Gobierno señala que la modificación introducida por la ley núm. 19759 restringe dicha facultad exigiendo el pago de un bono de cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. A este respecto, la Comisión recuerda que la contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical”¹³⁰.

¹²⁹ ¹²⁹ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO Horacio. Op. Cit. p. 49.

¹³⁰ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 159.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido, en el mismo sentido, que es preocupante “la posibilidad en virtud del Art. 381 Código del Trabajo para sustituir a los trabajadores en huelga” y “alienta Gobierno de Chile a que revise el artículo 381 del Código del Trabajo, que prevé la posibilidad de sustituir a los trabajadores en huelga”¹³¹.

No obstante los llamamientos y recomendaciones enunciadas por estos organismos internacionales, el legislador ha mantenido esta institución dentro del ordenamiento jurídico. ¿Qué argumentos se han esgrimido en este sentido? Por una parte, el argumento principal es que la eliminación del reemplazo implicaría una vulneración al derecho de propiedad consagrado constitucionalmente, en relación con la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa. Desde esta óptica –a la luz de la cual nace la actual regulación en esta materia, el Plan Laboral-, la huelga es una prueba de productividad que los trabajadores hacen al empleador, para demostrar su aporte productivo a la empresa por la vía de negar su trabajo de forma colectiva. Por la vía del reemplazo, el empleador prueba su oferta laboral: si es baja, no encontrará trabajadores que puedan realizar el trabajo con una relación precio productividad comparable a la de los huelguistas, mientras que si los encuentra, quedará de manifiesto que la demanda de los trabajadores excedía a su productividad¹³². De acuerdo con esta línea argumentativa, la eliminación del reemplazo de trabajadores transformaría a la huelga en un mecanismo expropiatorio pues el empleador se vería impedido de usar su capital para producir¹³³.

En contra de esta posición se ha argumentado que si bien en nuestro sistema jurídico el derecho de propiedad es un derecho fundamental, no se trata de un derecho absoluto y su alcance debe armonizarse con otros derechos fundamentales, como lo es la libertad sindical. De esa forma se ha resuelto en el derecho comparado, en donde no existen voces que postulen la inconstitucionalidad de la prohibición de contratar trabajadores reemplazantes en la huelga, por una eventual vulneración del derecho de propiedad¹³⁴. Hay que considerar además que en todos los países que siguen la tradición jurídica europeo continental, evidentemente se reconoce el

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Libertad y Desarrollo. Los beneficios de mantener el reemplazo en la huelga. *Libertad y Desarrollo* (182): 2-5, enero 2008.

¹³³ Instituto Libertad y Desarrollo. Reformas Laborales, ¿por qué no? [En línea] Libertad y Desarrollo en Internet. Diciembre de 2003. <<http://www.lyd.com/biblioteca/temas/365.html>> [Consulta: 10 febrero 2010]

¹³⁴ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 446.

derecho de propiedad, pero se entiende que el derecho a huelga no lo afecta en su contenido esencial, dado que no es una restricción ilícita, sino todo lo contrario: un límite establecido por el propio orden jurídico fundado en otro derecho fundamental¹³⁵.

La posición que ha sido dominante en Chile, constituye un caso excepcional en relación con el derecho comparado en donde, casi unánimemente se ha optado por prohibir la contratación de rompehuelgas, ya que esta facultad, como bien ha apuntado UGARTE, atenta contra la esencia misma del derecho a huelga¹³⁶.

Como un argumento adicional a favor de la eliminación del reemplazo, se ha dicho que en el Derecho del Trabajo existen normas que parecieran alterar el derecho de propiedad del trabajador¹³⁷, tales como la facultad del empleador de alterar la jornada de trabajo ordinaria del trabajador cuando sobreviene un caso fortuito o fuerza mayor (artículo 29 del CdT), alterar la naturaleza de los servicios, el lugar donde se prestan, modificar la distribución de la jornada de trabajo (artículo 12 CdT), dictar el reglamento interno (artículo 153 CdT), incluso la facultad de organizar, dirigir y administrar la empresa (artículo 306 CdT). Sin embargo no puede decirse que estas normas son inconstitucionales por afectar el derecho de propiedad del trabajador, dadas las particularidades de la relación laboral, que esencialmente legitima el poder empresarial dentro organización de la empresa. En esta lógica, la huelga es el único medio reconocido a los trabajadores que les permite equilibrar su posición negociadora a fin de contratar de igual a igual con el empleador¹³⁸.

3.3.5 Aplicación de la Ley de Seguridad del Estado: el delito de huelga

Otro aspecto preocupante de la regulación de la huelga en nuestro país es la aplicación de la ley penal a la huelga, en la normativa de la Ley N° 12.597 sobre Seguridad del Estado. Este cuerpo legal en su artículo 11 tipifica como un delito cualquier “interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de

¹³⁵ CAMAÑO, E. Y UGARTE, J. Op. Cit. p. 96.

¹³⁶ CAMAÑO, E y UGARTE, J. Op. Cit. p. 94.

¹³⁷ La Constitución Política de la República establece en su artículo 19 “La Constitución asegura a todas las personas: N° 24.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.

¹³⁸ GAMONAL, S. Op. Cit. p. 447.

las producción, del transporte o del comercio, producido sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o se funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales”, lo que constituirá “delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio”.

Los organismos internacionales a través de la Comisión de Expertos de la OIT, han solicitado en reiteradas ocasiones al Estado chileno, la derogación de esta norma legal. En el informe de 2008 señala: “la Comisión considera 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 de los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones laborales armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas deberían justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular”¹³⁹.

En efecto, se ha señalado que normas de este tipo son reflejo de una concepción “criminalizada” del conflicto laboral, menoscabando seriamente la libertad sindical, y contribuyendo en sentido opuesto a rectificar la tendencia en el derecho comparado; que esta norma más que dirigirse a sancionar las huelgas ilícitas, busca criminalizar la disidencia política laboral, cuestión que se ha confirmado cuando se le ha dado aplicación¹⁴⁰.

¹³⁹ Estudio general sobre libertad sindical y la negociación colectiva. 1994. Párrafo 177. En CAMAÑO, E. y UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 97.

¹⁴⁰ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 161., y también en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. Op. Cit. p. 96.

Se cita un fallo de la Corte Suprema (sentencia Rol N° 7244 de fecha 30 de agosto de 1988) en que se condena Manuel Bustos y Arturo Martínez a relegación de 541 días a Parral y Chañaral respectivamente por haber convocado a un paro general el día 7 de octubre de 1987, para exigir el término a la dictadura y el retorno a la democracia. Además, mencionan las amenazas de aplicación de esta norma por parte de gobiernos democráticos, específicamente en julio de 2007 en donde el entonces ministro del Interior Belisario Velasco no descartó aplicarla en contra manifestantes en el contexto del conflicto de los subcontratistas de Codelco (El Mercurio, 27 de julio de 2007).

3.4 Situaciones especiales

3.4.1 Trabajadores excluidos de ejercer el derecho a huelga por ley, y trabajadores excluidos de ejercer el derecho a huelga en los hechos

Los trabajadores que carecen del derecho a huelga son una cantidad importante, ya que debemos considerar en ella además de los trabajadores excluidos por ley, a los trabajadores excluidos de ejercer este derecho en los hechos. No nos es posible señalar una cifra exacta de ellos, ya que involucra a diversos sectores, muchos de los cuales no están determinados con precisión, ni mencionados en las encuestas aplicadas relacionadas con este tema, principalmente las efectuadas por la Dirección del Trabajo y el Instituto Nacional de Estadísticas. Sí haremos mención de algunas cifras, en ciertos sectores que pudimos pesquisar.

Examinaremos ambas situaciones.

3.4.1.1 Trabajadores excluidos de ejercer el derecho a huelga por ley

Dejando de lado los trabajadores del sector público y los trabajadores de servicios esenciales, por tratarse en acápite específicos, la ley proscribiera el ejercicio del derecho a huelga a una serie de empresas, y a no pocos sectores de trabajadores: son las empresas y trabajadores que tienen prohibida la negociación colectiva, y los trabajadores que tienen vetado el derecho a afiliación sindical de empresa.

Para el análisis y una mejor comprensión, utilizaremos las clasificaciones de ámbito objetivo y de ámbito subjetivo de la negociación colectiva¹⁴¹.

a) Ámbito objetivo de la negociación: empresas en que no se puede negociar.

Se reglamenta a través de diversas disposiciones, entre las que podemos destacar las siguientes: el artículo 304 del CdT, que contempla una enumeración taxativa pero genérica de empresas en las que no se podrá negociar colectivamente; el artículo 308, que establece la regla de la antigüedad, y el artículo 227, que fija un quórum para formar sindicatos de empresa (los

¹⁴¹ CAAMAÑO, E. y UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 36 y siguientes, y en GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 245.

únicos que por ley tienen garantizado el derecho a huelga independientemente de la voluntad de la parte empleadora).

En primer término, el artículo 304 del CdT en su inciso primero establece la regla general, señalando las empresas en las que se puede negociar: las empresas del sector privado, y aquellas en las que el Estado tenga aportes, participación o representación.

Acto seguido, en los incisos segundo y tercero fija las excepciones a esta regla general, indicando las empresas en las que no se podrá negociar colectivamente, a saber:

- Las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Supremo Gobierno a través de este Ministerio.

- Se menciona genéricamente a las empresas a las cuales leyes especiales hayan prohibido la negociación colectiva, y

- Empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente o a través de derechos o impuestos¹⁴².

Se ha sostenido¹⁴³ que con posterioridad a la ratificación de los convenios 87, 98 y 151 de la OIT, no existiría un argumento legítimo para excluir a estos sectores de trabajadores de negociar colectivamente, y que si bien estas empresas cumplen funciones importantes o estratégicas, y que representan los intereses generales del Estado, bien podría instituirse mecanismos de arbitraje o mediación obligatorios, pero reconociendo su derecho a negociar colectivamente.

En segundo lugar, se señala la norma que exige cierta antigüedad a la empresa como requisito de la negociación colectiva. Es la contemplada en el artículo 308 del CdT, que prescribe que para poder iniciar un procedimiento de negociación colectiva dentro de una empresa debe haber transcurrido a lo menos un año desde el inicio de sus actividades. Se ha criticado esta

¹⁴² La disposición exceptúa de esta prohibición a los establecimientos educacionales particulares subvencionados y a los establecimientos técnico profesionales administrados por corporaciones privadas, como lo establece las leyes que los rigen.

¹⁴³ CAAMAÑO, E. y UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 38.

disposición ya que el legislador asumiría una posición que hace prevalecer los intereses de la parte empleadora, dando privilegios a los empleadores que no tienen correlativamente los trabajadores; en definitiva, atribuyendo más valor al derecho de propiedad y a la libertad de empresa que a la libertad sindical¹⁴⁴.

Por último, hay que señalar a los trabajadores de empresas que no cumplen con el quórum establecido por ley para formar sindicatos, o grupos negociadores¹⁴⁵, vale decir, las empresas que tengan menos de 8 trabajadores¹⁴⁶. Es el caso de las microempresas, y de una fracción de las pequeñas empresas, las que dicho sea de paso, proporcionan la mayoría del empleo¹⁴⁷.

b) *Ámbito subjetivo de la negociación: trabajadores que no pueden negociar.*

El Código del Trabajo proscribire la negociación colectiva a una serie de trabajadores, enumerados en su artículo 305. Tales son:

- los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje. Hay que complementar esta norma con aquella señalada en el artículo 82 del mismo Código, que establece: “en ningún caso las remuneraciones de los aprendices podrán ser reguladas a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”.

Frente a esta exclusión se ha dicho que, desde la perspectiva de la promoción de la libertad sindical, y considerando la norma prescrita en el artículo 4 del Convenio 98¹⁴⁸, no existiría una

¹⁴⁴ CAAMAÑO, E. y UGARTE, J.L Op. Cit. p. 41.

¹⁴⁵ Dejamos fuera los casos de negociación no reglada, por tratarse de negociaciones colectivas que no otorgan garantías a los trabajadores.

¹⁴⁶ Artículo 227 CdT.

¹⁴⁷ Las microempresas, o sea, aquellas que tienen hasta 4 trabajadores, proporcionan según datos de la SOFOFA, el 44% del empleo, mientras que las pequeñas empresas, según las cifras esta misma entidad, proporcionan el 40% del empleo. Fuente: <http://www.sofofa.cl/pymes/pymes.htm>

¹⁴⁸ Dicho artículo dispone: “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”.

justificación legal para negar el derecho a negociar colectivamente a este sector de trabajadores¹⁴⁹.

- los trabajadores contratados por obra o faena transitoria o de temporada. S bien de acuerdo al artículo 314 del referido Código, los trabajadores transitorios o de temporada son titulares de ejercitar la negociación colectiva no reglada, como ve vio en acápite anteriores, ésta no otorga derechos o garantías a la parte trabajadora y los resultados de dicha negociación quedan exclusivamente en manos de la parte empleadora.

Cabe destacar que el profesor Gamonal considera que la norma contenida en el artículo 305 n° 1, correspondiente a los dos supuestos antes mencionados, es inconstitucional, ya que atenta contra el derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 19 n° 16 de la Constitución Política de la República, y que si bien la disposición constitucional reenvía a la ley la regulación de su ejercicio, ésta no puede afectar la esencia del mismo¹⁵⁰.

- los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados siempre que estén dotados a lo menos de facultades generales de administración.

- las personas autorizadas para contratar o despedir trabajadores, y

- los trabajadores que dentro de la empresa ejerzan un cargo de mando o inspección siempre que estén dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos o de comercialización.

En estos tres últimos casos, señala la norma, debe dejarse constancia escrita de la prohibición en el contrato de trabajo. La justificación de incluirlos en el artículo 305 estaría dada por la posición superior en la que se ubican, por lo que pueden negociar personalmente mejores condiciones de trabajo y de remuneración. Sin embargo, si bien pudiese parecer lógica esta prohibición, a la luz de los argumentos antes mencionados, tampoco ella encuentra una justificación legal para esta clase de trabajadores.

¹⁴⁹ CAAMAÑO, E. y UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 43.

¹⁵⁰ GAMONAL, Sergio. Op. Cit. p. 250.

3.4.1.2 Trabajadores excluidos de negociar en los hechos

Es el caso de los trabajadores que si bien por ley no están excluidos de la negociación colectiva y a huelga, en la realidad este derecho carece de eficacia, dadas las condiciones concretas en las que se prestan los servicios, ya sea por estar determinadas en la ley, o en los hechos mismos. Entre ellos podemos mencionar:

- Las trabajadoras de casa particular, o que en general, prestan servicio doméstico. Únicamente puede establecerse sus condiciones de trabajo y de remuneración en el contrato individual de trabajo, el que queda sujeto a la voluntad unipersonal de la parte empleadora. Son cerca de 300.000 hogares los que cuentan con estos servicios, conforme a las estadísticas otorgadas por el INE en el año 2002¹⁵¹.

- Los trabajadores periféricos: forman parte del denominado “empleo precario”, que transitan de la formalidad a la informalidad, desdibujando parcialmente los límites del trabajo asalariado dependiente, y que incorporan en ciertos casos, elementos del trabajo a cuenta propia¹⁵². Corresponden a la periferia de la empresa, con límites entre lo laboral-comercial, respondiendo a una “subordinación funcional”¹⁵³, no ya basada en el control o dominio físico del trabajador, sino productivo, en el cual el trabajador se inserta en un ámbito organizativo ajeno. Dentro de este grupo se incluye a los vendedores por catálogo y a los trabajadores a domicilio¹⁵⁴. Son quienes realizan su trabajo desde el hogar y/o móvilmente, y realizan actividades de servicios, o de producción de bienes: promoción o venta de bienes y servicios –tarjetas de crédito, seguros, cursos, viajes, vacaciones, etc- mediante llamadas telefónicas, o bien, trabajos técnicos - digitación, dactilografía, ingreso de datos, dibujo técnico, contabilidad u otros-; confección de prendas o partes de prendas de vestir, tejidos, artículos del hogar, confección en cuero, en papel, cartón, en artículos de metal, etc.

¹⁵¹ Instituto Nacional de Estadísticas. [En línea] <<http://www.ine.cl/cd2002/sintesisencensal.pdf>> [consulta: 15 de febrero de 2010].

¹⁵² SALINEROS, Jorge. Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: problemas y desafíos. Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006. p. 24 y siguientes.

¹⁵³ UGARTE CATALDO, José Luis. El nuevo Derecho del Trabajo. Santiago de Chile, Lexisnexis, 2007. p. 49 y siguientes.

¹⁵⁴ HENRÍQUEZ Helia, RIQUELME, Verónica. Lejos del trabajo decente: el empleo desprotegido en Chile. Cuaderno de Investigación N° 30, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006. p. 93.

Si bien es cierto que desde el año 2001 el trabajo a domicilio está sujeto al régimen común siempre y cuando se presenten los elementos que configuran el contrato de trabajo (por cuenta ajena, sujetos a subordinación y dependencia), dada la fragmentación que viven al trabajar desde sus casas, o aislados unos de otros, y las más de las veces ni si quiera conocerse, no conformarán sindicatos, y menos aún ejercerán su derecho a huelga.

En el caso de los trabajadores de grupos de empresas y subcontractados, si bien la ley reconoce su derecho a negociar a nivel de empresa con su emperador formal, este derecho se encuentra disminuido, como veremos a continuación.

- trabajadores de *holding* o grupos de empresas, las que por tener diversas razones sociales, y al no ser vinculante la negociación colectiva interempresa para la parte empleadora, deben negociar cada sindicato con su empleador formal, aun cuando realicen funciones similares en las mismas condiciones. De todas maneras su poder de negociación se vea menoscabado; y si llegasen a negociar colectivamente todos ellos, y ejercieran su derecho a huelga, ésta sería considerada ilegal. Un ejemplo de ella fue en el año 2007, la huelga de los trabajadores de la Empresa Aguas Claras, empresa salmonera compuesta por tres razones sociales diferentes – Antarfish, empresa madre, que utiliza los servicios de Procesadora Aguas Claras S. A, propietaria de la planta de procesos donde laboran los trabajadores, y Servicios Aguas Claras S. A., que es la sociedad que los contrata, denominada por sus trabajadores, como “empresa de papel”-. Estas empresas a su vez son parte del grupo Aqua Chile, que contaba con 29 razones sociales diferentes¹⁵⁵.

- Los trabajadores subcontractados. Si bien por ley pueden negociar y ejercer el derecho a la huelga, al tener un empleador formal –la empresa contratista-, pero prestar sus servicios en otra empresa –principal, mandante o usuaria-, las negociaciones que pudieren realizar con su empleador en poco podrían modificar sus condiciones de trabajo. Y en cuanto a las remuneraciones, generalmente éstas van a estar definidas previamente entre la mandante y la contratista, o bien, están sujetas a la ganancia de esta última, fijada en un contrato comercial, por lo que independientemente de la productividad de los trabajadores subcontractados y de las utilidades que éstos generen a la empresa usuaria, sus remuneraciones generalmente no tendrán

¹⁵⁵ Más antecedentes de este conflicto en ARAVENA, Antonio, y NUÑEZ, Daniel. El renacer de la huelga obrera en Chile. Edición Ocho Libros, 2009. p. 135.

relación con ellas. De acuerdo a las estimaciones arrojadas por la ENCLA 2008, un 30,5% de las empresas utiliza este mecanismo de externalización de funciones.

Consecuencia de lo menoscabado que se encuentra derecho, es que las organizaciones de trabajadores subcontratados han llevado a cabo importantes movilizaciones en los últimos años, exigiendo negociar colectivamente con las empresas principales. En ellas los trabajadores han rebasado la legalidad, consiguiendo establecer mesas de negociación tripartitas, y suscribiendo instrumentos colectivos con la participación de las empresas principales. Es el caso de la huelga ilegal de los trabajadores contratistas de CODELCO en el año 2007, y de los trabajadores subcontratados de la empresa Forestal Bosques Arauco en el mismo año, que involucraron a miles de trabajadores.

- Trabajadores de Empresas de Servicios Transitorios: si bien no están excluidos de negociar por ley, ya que a su respecto no cabe aplicar la exclusión contemplada en el artículo 305 N°1, al igual que los trabajadores subcontratados, deben negociar con su empleador formal; y por la transitoriedad de los servicios, y las diversas condiciones de trabajo a las que se encuentran sometidos, difícilmente podrían negociar conjuntamente sus condiciones de trabajo, y ejercer el derecho a huelga. Cerca del 3 % de las empresas cuenta con trabajadores pertenecientes a ESTs¹⁵⁶.

3.4.2 Huelga de trabajadores de servicios esenciales

La regulación de los denominados servicios esenciales es uno de los temas más críticos en la normativa de la huelga; ello debido al cruce de bienes jurídicos relevantes, como lo son el ejercicio de la libertad sindical a través del ejercicio de la huelga por un lado, y la satisfacción de necesidades de primer orden para la sociedad, por el otro. A diferencia de otros conflictos, una huelga en los servicios esenciales puede producir daño a terceros no involucrados en el conflicto difícil de determinar, situación que se agrava cuando -como suele suceder-, dichos servicios son de carácter monopólico.

Como vimos en los capítulos anteriores, la huelga es un derecho fundamental dentro de la libertad sindical, y sus limitaciones deben ser excepcionales, admitiéndose de acuerdo a los

¹⁵⁶ Según los datos otorgados por la ENCLA 2008.

parámetros internacionales, restricciones o prohibiciones a su ejercicio únicamente cuando se trata de servicios esenciales, y más precisamente, cuando se trata de “servicios esenciales en sentido estricto del término”.

La legislación zanja la cuestión en el artículo 384 del Código del Trabajo, prohibiendo el derecho a huelga en los servicios que se señalan en dicha disposición, y en las empresas que determine la autoridad administrativa año a año. En reiteradas oportunidades se ha criticado esta disposición por no ajustarse a los estándares internacionales en la materia. Nos detendremos en este punto.

3.4.2.1 Normativa chilena v/s parámetros internacionales

El artículo 384 del Código del Trabajo dispone lo siguiente:

“No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

- a) atiendan servicios de utilidad pública, o
- b) 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.

Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b), será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población.

En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en esta ley.

La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción”.

En definitiva, nuestra legislación dictamina que será una autoridad administrativa quien determinará año a año las empresas que realizan servicios esenciales, y cuyos trabajadores tienen prohibición de ejercer el derecho a huelga. Estas empresas pueden ser públicas o privadas.

Cabe señalar que además de esta norma genérica, se establece otras normas específicas: la posibilidad de constituir equipos de emergencia a solicitud escrita del empleador cuando la huelga provoque daño actual irreparable en los bienes materiales de la empresa, predio o establecimiento o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud que preste servicios esenciales¹⁵⁷; la reanudación de faenas en ciertos servicios, decretada por el Presidente de la República cuando la huelga cause grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes y servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional¹⁵⁸; y la norma preventiva que prohíbe la huelga a los trabajadores de 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 nacional¹⁵⁹.

Examinemos qué han comprendido las entidades internacionales correspondientes, por servicios esenciales.

Los órganos de control de la OIT, tanto la Comisión de Expertos como el Comité de Libertad Sindical, han señalado que por servicios esenciales -en sentido estricto del término-, debe entenderse “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o toda la población”¹⁶⁰.

Si bien ambos organismos reconocen que no es posible enumerar taxativamente los servicios considerados esenciales y elaborar un concepto de aplicación universal, ya que para ello se debe hacer un análisis tomando en cuenta las realidades concretas de cada país, sí han establecido parámetros generales a considerar.

¹⁵⁷ Artículo 380 Código del Trabajo.

¹⁵⁸ Artículo 385 Código del Trabajo.

¹⁵⁹ Artículo 19 N° 16 inciso final de la Constitución Política de la República.

¹⁶⁰ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO, Horacio. Op. Cit. p. 20.

En primer término, el Comité de Libertad Sindical ha señalado como servicios esenciales en sentido estricto del término, los siguientes: el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos y el control del tráfico aéreo; a su vez, este órgano ha señalado que por regla general no constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término -y por tanto no procede la prohibición del derecho de huelga-, los siguientes servicios: la radio-televisión, el sector del petróleo, el sector de los puertos (carga y descarga), los bancos, los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos, los grandes almacenes, los parques de atracciones, la metalurgia, el sector minero, los transportes en general, las empresas frigoríficas, los servicios de hotelería, la construcción, la fabricación de automóviles, la reparación de aeronaves, las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios, la Casa de la Moneda, la agencia gráfica del Estado, los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco, el sector de la educación, los transportes metropolitanos, y los servicios de correos¹⁶¹.

Cabe agregar que el Comité ha recomendado la modificación de algunas legislaciones, con el objeto de que sólo se prohíban las huelgas en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, especialmente cuando las autoridades posean de facultades discrecionales para ampliar la lista de servicios esenciales¹⁶². Es justamente este el caso de Chile.

En efecto, la resolución 61 conjunta de los ministerios de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Defensa Nacional, y del Trabajo y Previsión Social, que califica empresas o establecimientos que se encuentran en alguna de las situaciones previstas por el artículo 384 del Código del Trabajo, ha declarado para el período 2009-2010, dentro de otras, las siguientes empresas bajo la calificación de empresas que prestan servicios esenciales, todas las cuales según lo antes visto, exceden la regla de esencialidad en sentido estricto del término : Ferrocarril Arica – La Paz, Banco Central, Terminal Puerto de Arica S.A., Empresa Iquique Terminal Internacional S.A., Antofagasta Terminal Internacional S.A., Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A., San Antonio Terminal Internacional S.A., y Empresa Puerto Panul S.A., San Vicente - Terminal Internacional S.A.

¹⁶¹ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO, Horacio. Op. Cit. p. 20 y 21.

¹⁶² GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO, Horacio. Op. Cit. p. 21.

En segundo lugar, la Comisión de Expertos de la OIT, reconociendo la existencia de legislaciones como la nuestra, en las que una mera declaración de las autoridades basta para fijar la esencialidad de los servicios, ha señalado que en estos casos, “el principio por el cual es posible limitar o restringir el derecho a huelga en las funciones definidas como esenciales, pierde todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa”, y que los servicios esenciales deben definirse de manera restrictiva¹⁶³.

Y específicamente, frente a la norma contenida en el artículo 384 del Código del Trabajo antes transcrita, dicha Comisión ha criticado sus términos ambiguos y extremadamente amplios, y le ha hecho un llamado de atención al gobierno de Chile, señalando:

“La Comisión recuerda –al gobierno de Chile- que la legislación puede establecer que el derecho a huelga esté prohibido y que deba recurrirse al arbitraje obligatorio en los siguientes casos: 1) en aquellas empresas o instituciones que presten servicios esenciales, *en el sentido estricto del término*, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y 2) respecto de los funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado. En ese sentido, la Comisión observa que la legislación vigente es sumamente amplia ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicios esenciales”¹⁶⁴.

Otra entidad que ha criticado la norma en comento es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el cual le ha señalado al gobierno de Chile que le preocupa “la amplitud de esta norma que permite prohibir la huelga cuando se trate de servicios esenciales”. Por lo mismo, alienta al gobierno de Chile que revise “el artículo 384, que contiene

¹⁶³ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO, Horacio. Op. Cit. p. 22.

¹⁶⁴ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op Cit. p. 152, y en CAAMAÑO, E. y UGARTE., J. L. Op. Cit. p. 89.

una definición demasiado poco precisa de los servicios esenciales en que la huelga está prohibida”¹⁶⁵.

Cabe mencionar que del año 2005 a 2006 el gobierno redujo la lista de empresas que administrativamente eran impedidas de ejercer el derecho a huelga. Se excluyeron, entre otras, al Banco Central y a las empresas sanitarias, permitiendo a sus trabajadores el ejercicio del derecho a la huelga. En el año 2007 sin embargo, el gobierno habría desistido de reducir la lista de empresas exceptuadas de ejercer el derecho a huelga, manteniendo a las empresas eléctricas en la nómina, y reincorporando a otras que habían sido excluidas con anterioridad, como es el caso del Banco Central. En esta oportunidad, las organizaciones sindicales del sector eléctrico interpusieron un recurso de protección, el cual fue rechazado en la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁶⁶, y cuyo fallo con posterioridad fue confirmado por la Corte Suprema¹⁶⁷.

En el año 2008, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, reitera el llamado de atención al gobierno de Chile, señalándole que la norma contemplada en el artículo 384 del Código del Trabajo “es demasiado amplia y va más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, seguridad o la salud de las persona en toda o parte de la población”¹⁶⁸.

Y en relación con la lista confeccionada por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del año 2007 que determina las empresas exceptuadas de ejercer el derecho a huelga, le señala que “la Comisión observa que en dicha lista se incluyen algunas terminales portuarias de carácter privado, así como el ferrocarril Arica- La Paz, que no pueden ser considerados como servicios esenciales en el sentido estricto del término”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Tercer Informe Periódico de Chile sobre aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 44ª y 46ª Período de Sesiones, párrafo 41, 2004. Citado en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 152.

¹⁶⁶ Rol n° 4567/2007, citado en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 90.

¹⁶⁷ Ron n° 6116 de 2 de enero de 2008, citado en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J.L. Op. Cit. p. 90.

¹⁶⁸ Observaciones a Chile, Informe III, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 100, 2008, citado en Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 154.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

Como lo indica el Informe de DDHH de la Universidad Diego Portales 2008, “lo exigido por los organismos internacionales (OIT y Comité DESC) no es la reducción de la lista administrativa en cuestión, sino *la reforma legal del artículo 384 del Código del Trabajo*, para reducir los supuestos de “servicios esenciales” que impiden el ejercicio al derecho a huelga”¹⁷⁰.

En efecto, se ha sostenido y criticado que la norma del 384, restrictiva del derecho fundamental a la huelga, queda sujeta a manos de una autoridad administrativa, cuando lo que correspondería es que en caso de limitación de este derecho a determinados sectores, dicha restricción estuviese establecida a lo menos, en la ley.

CAAMAÑO y UGARTE han argumentado que el artículo 384 del Código del Trabajo atenta contra el principio de esencialidad del artículo 19 número 26 de la Constitución Política de la República. Tal disposición legal regula y restringe un derecho constitucional, vulnerando su contenido esencial, “al permitir sin limitación alguna su completa supresión por una resolución administrativa, y vulnera, al mismo tiempo, el derecho a un debido proceso (19 número 3), porque la norma legal no entrega, con las garantías del caso, dicha determinación a los tribunales de justicia, sino que a la de una autoridad administrativa, en este caso en particular, a la de tres ministros de Estado”¹⁷¹.

Y si bien la Constitución de 1980 establece que la ley fijará un procedimiento para la determinación de las empresas que prestan servicios esenciales, el artículo 384 no contempla tal procedimiento, y sólo señala quiénes harán la calificación, quedando según lo señalado por tales autores, y por el Informe Anual de Derechos Humanos 2008, a su absoluto arbitrio¹⁷².

Por último, señalar que una organización de trabajadores interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para impugnar el decreto administrativo, sin embargo,

⁶¹ Observaciones a Chile, Informe III, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, p. 100, 2008, citado en Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 155, y en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. L. Op. Cit. p. 91, nota n° 183.

¹⁷¹ Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Op. Cit. p. 155, y en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. L. Op. Cit. p. 91.

¹⁷² Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile, 2008. Op. Cit. p. 155, y en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. L. Op. Cit. p. 91.

dicho recurso fue declarado inadmisibile, considerándolo el Tribunal Constitucional, “sin fundamento plausible”¹⁷³.

3.4.3 Huelga de los trabajadores del sector público

Primeramente debemos aclarar que hemos situado a los funcionarios del sector público en la sección de situaciones especiales, por una doble razón. En primer lugar, este grupo de trabajadores cuyo empleador es el propio Estado, no tiene derecho a huelga, ni siquiera a negociar colectivamente, como el resto de los trabajadores afectos al Código del Trabajo. Por lo mismo y, en segundo lugar, sus huelgas engrosan en parte importante las cifras de huelga ilegal en Chile. En otras palabras, el hecho de que no tengan derecho a negociar colectivamente ni a hacer huelga, no significa que no tengan poder de negociación.

Su sistema de organización está regulado por la Ley N° 19.296 en donde se reconocen las “asociaciones” como forma de organización para los funcionarios de la Administración del Estado¹⁷⁴.

La dificultad por parte de la OIT en la regulación del derecho a huelga para estos sectores, se debe a la complejidad de elaborar un principio general aplicable a todos los ordenamientos; esto, dada la diversidad de significados del concepto de “funcionario público” en cada legislación. Un principio mínimo es el de entender que son funcionarios públicos, para efectos de su posible exclusión del ejercicio de la huelga, “aquellos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado”¹⁷⁵. Además de lo anterior, si bien el Convenio 151 –ratificado por Chile– regula la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, tampoco consagra el derecho a huelga.

¹⁷³ Caso de requerimiento solicitado por la Federación de Sindicatos del Grupo Enersis en el año 2007, comentado en CAAMAÑO, E. y UGARTE, J. L. Op. Cit. p. 92.

¹⁷⁴ Artículo 1°: “Reconócese, a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, y del Congreso Nacional el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.

Esta ley no se aplicará, sin embargo, a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos”.

¹⁷⁵ GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto, GUIDO, Horacio. Op. Cit. p. 18.

Ya en el ámbito nacional, el Estatuto Administrativo –Ley N° 18.834-, que regula las relaciones laborales de los trabajadores del Estado, establece en su artículo 78 las prohibiciones en esta materia¹⁷⁶ determinando un marco para el ejercicio de la autotutela notablemente restrictivo.

Luego, en su artículo 119 establece como sanción disciplinaria, en el caso de que un funcionario infrinja las disposiciones mencionadas, la destitución del mismo de su puesto de trabajo.

Además, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, Ley N° 18.883, en el Párrafo 5° “De las Prohibiciones”, prohíbe expresamente “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”¹⁷⁷.

Sin embargo, el hecho de que no esté consagrado expresamente -e incluso se encuentre prohibido-, no ha impedido que año tras año se efectúen masivos paros en el sector público.

Para comprender cómo se ha desarrollado asociación de este sector y cómo se ha desplegado su poder sindical, es necesario mencionar en primer lugar la problemática del régimen de contratación de los trabajadores a honorario, a contrata y a planta en la administración del

¹⁷⁶ Artículo 78: “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;

j) Atentar contra los bienes de la institución, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro, y

k) Incitar a destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen”.

¹⁷⁷ Artículo 82: “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;

j) Atentar contra los bienes de la municipalidad, cometer actos que produzcan la destrucción de materiales, instrumentos o productos de trabajo o disminuyan su valor o causen su deterioro, y

k) Incitar o destruir, inutilizar o interrumpir instalaciones públicas o privadas, o participar en hechos que las dañen”.

estado; y en segundo lugar el aumento progresivo de la huelga ilegal en los últimos años, producto de esta falta de regulación. Trataremos brevemente cada uno de estos tópicos por separado.

En primer lugar, definir quiénes son los trabajadores del sector público se hace difícil. Si bien el estatuto administrativo define que son los trabajadores de planta y contrata, existe un número importante que se encuentra vinculado al Estado a través de un contrato a honorarios. Algunas cifras estiman que, los trabajadores del gobierno central representan el 6% del total de la fuerza laboral, equivalente a 90 mil trabajadores. Sin embargo de acuerdo a los datos que maneja la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), debemos sumar a ellos, los 80 mil trabajadores a contrata, 185 mil de municipalidades, 85 mil funcionarios de universidades públicas y empresas del Estado¹⁷⁸. Además de los anteriormente enumerados, debemos agregar 35 mil trabajadores contratados a honorarios, de los cuales 10 mil cumplen tareas permanentes para el Estado¹⁷⁹, todo lo anterior sin mencionar a los trabajadores que trabajan en régimen de subcontratación para el Estado. Este sector de trabajadores no sólo se encuentra privado de ejercer derecho a huelga, sino que en general, por no serle aplicable el Código del Trabajo, tampoco gozan de ninguno de los derechos que nuestra legislación asegura para el resto de los trabajadores que desarrollan labores bajo subordinación y dependencia en el sector privado.

Por último, la importancia de la huelga en este sector se ha puesto en evidencia en los últimos años con los masivos paros que han realizado los funcionarios públicos. Son estas movilizaciones, junto a las de los sectores de subcontratistas, las que han llevado al alza las estadísticas sobre huelga ilegal en los últimos años. A modo de ilustración, durante el año 2009 los funcionarios de la ANEF se movilizaron en una huelga ilegal, por el reajuste del sector público, en un paro duró diez días, consiguiendo plegar a la demanda salarial a 16 gremios bajo

¹⁷⁸ Empleados Públicos: Chile tiene el Estado más chico de América Latina, pero el más rígido. El Mercurio, Santiago, Chile, 13 de mayo de 2008.

¹⁷⁹ De acuerdo a cifras entregadas por el gobierno. Gobierno descarta ilegalidad en contrata y honorarios. La Nación en Internet. 23 abril 2009.

< http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090422/pags/20090422215530.html > [consulta: 7 enero 2010]

la consigna “por un reajuste digno, estabilidad laboral y prórroga de los plazos para acogerse a los incentivos y bonos al retiro”¹⁸⁰.

El caso del paro de los funcionarios de gendarmería es otro ejemplo de huelga ilegal realizada durante 2009, organizados en la Asociación Nacional de Funcionarios Penitenciarios, que reúne a 7 mil funcionarios de este servicio. El paro se organizó demandando reajustes salariales, ampliación del personal de planta y mejoras en la infraestructura. Además pedían una ley que otorgue un reajuste extraordinario similar al de las policías (12,3%) y la eliminación del cargo de vigilante, denominado ‘grado 26’¹⁸¹. A estos funcionarios se aplicó la Ley de Seguridad del Estado aludiendo a que lo gendarmes tomaron, entre otras medidas, la obstaculización del traslado de los reos. Esta movilización involucró a 14 mil gendarmes y contó con el apoyo de la ANEF¹⁸².

¹⁸⁰ ANEF comienza hoy paro nacional y pedirá intervención de congreso por reajuste. La Nación en Internet. 3 de Noviembre, 2009 < <http://www.lanacion.cl/anef-comienza-hoy-paro-nacional-y-pedira-intervencion-del-congreso-por-reajuste/noticias/2009-11-02/223249.html> > [consulta: 20 febrero 2010]

¹⁸¹ Paro de Gendarmería con toma de cárcel El Manzano en Concepción. El Ciudadano en Internet. 1 de julio, 2009. < <http://www.elciudadano.cl/2009/07/01/parte-paro-de-gendarmeria-con-toma-de-carcel-el-manzano-en-concepcion/> > [consulta: 20 febrero 2010]

¹⁸² Gobierno aplicará Ley de Seguridad del Estado en conflicto con gendarmería. Emol en Internet. 19 de mayo de 2009 < <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=358836> > [consulta: 20 febrero 2010]

CAPÍTULO 4: ACTORES INVOLUCRADOS

4.1 Tutela de la libertad sindical y la huelga: las prácticas antisindicales y el procedimiento de tutela laboral

Como ha quedado establecido, la libertad sindical es un principio fundamental consagrado por la normativa internacional, que como tal requiere de mecanismos que permitan que éste se ejerza de manera efectiva. De lo contrario, no pasaría de ser un mero símbolo.

Es pertinente recordar en este punto, lo dicho en el Capítulo 1 de este trabajo, en cuanto comprendemos la libertad sindical, tanto desde su perspectiva orgánica (derecho de sindicación) como desde su faz funcional (derecho a hacer valer los intereses colectivos de los trabajadores organizados, a través de acciones tendientes a la defensa y promoción de estos intereses, en particular a través de los derechos de negociación colectiva y huelga)¹⁸³. Así entendida, se ha consagrado en los instrumentos internacionales -convenios y tratados ratificados por Chile-, la obligación de los Estados no tan sólo de proteger sino de promover el ejercicio de la libertad sindical, atendiendo a su carácter de derecho fundamental colectivo.

Para la tutela de este derecho es que se ha creado la figura de prácticas antisindicales o desleales, establecidas en los artículos 1 y 2 del Convenio 98 OIT.

La normativa chilena contempla por separado las figuras de “prácticas antisindicales” y de “prácticas desleales en la negociación colectiva”, definiendo a las primeras como aquellas que atenten contra la libertad sindical, en las normas referidas a las organizaciones sindicales, y a las segundas, como aquellas que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Se ha dicho que esta doble regulación es reflejo una noción restrictiva de libertad sindical, comprendiéndola únicamente como la facultad de constituir sindicatos, afiliarse y desafilarse de

¹⁸³ VARAS, M, Libertad Sindical y Negociación Colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759. [En línea] Boletín Oficial. Dirección del Trabajo, 2003 p. 4 <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-63560_recurso_1.pdf> [Consulta: 18 de febrero 2010]

ellos (aspectos organizativos), sin considerar los aspectos de autonormación y autotutela sindical, como un todo inseparable constitutivo de la libertad sindical¹⁸⁴.

Este tema tiene una tremenda relevancia práctica, dada la frecuencia con que se presentan este tipo de prácticas tanto en las empresas con sindicato, como en aquellas en que no existe organización sindical. Como dato objetivo podemos señalar que de acuerdo a los estudios de la Dirección del Trabajo, la mitad de los sindicatos formados anualmente son afectados por despido ilegal de dirigente sindical¹⁸⁵.

Las cifras de la ENCLA 2008, por otra parte, muestran que un 63,1% de los dirigentes sindicales declara, frente a una pregunta con opción de respuesta múltiple, que ha realizado acciones para “exigir que la empresa cumpla alguna cláusula del instrumento colectivo”. La misma encuesta revela que un 19,6% de los dirigentes reconoce haber “denunciado a la empresa por prácticas antisindicales y/o desleales ante la Inspección del Trabajo o Tribunales”¹⁸⁶. Esta información ilustra una determinada disposición de las empresas con sindicato al cumplimiento voluntario de los contratos colectivos pactados.

Estas prácticas afectan tanto a los sindicatos ya constituidos, como también a los trabajadores de empresas sin sindicato. En este último caso las represalias se ejercen en contra de trabajadores aislados que intentan organizarse colectivamente, mientras que en el primero la organización ya está conformada, por lo que probablemente contarán con una mayor capacidad de defensa para enfrentar tales prácticas.

Al respecto resultan interesantes las cifras que arrojan los estudios de la Dirección del Trabajo sobre prácticas antisindicales, en donde se muestra, por una parte, una mayor frecuencia relativa de tales prácticas en el subconjunto de nuevos sindicatos (de un año o menos) respecto del subconjunto de sindicatos más antiguos; y por otra, que tales prácticas afectan a una cantidad

¹⁸⁴ GAMONAL, S. Op. Cit. p. 497.

¹⁸⁵ SALINEROS, Jorge. “La destrucción del Sindicato: Intolerancia a un derecho fundamental”. [En línea] Serie Cuadernos de Investigación N° 20. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. 2004. p 82 <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-85348_recurso_1.pdf> [Consulta: 12 de marzo 2010]

¹⁸⁶ ENCLA 2008, Dirección del Trabajo.

significativa de sindicatos, equivalente a más de la de la mitad del total de sindicatos generados en un periodo calendario, excluidos los sindicatos de trabajadores independientes¹⁸⁷.

Por otra parte, en el caso de las prácticas antisindicales antes de la formación de sindicato, existe una mayor dificultad de fiscalización, debido a la amplitud con que se utiliza la causal de necesidades de la empresa para despedir a “agitadores”, ante la sospecha de organización. Todo lo anterior, son hechos que el propio empresariado y las autoridades han reconocido¹⁸⁸. En concreto, los datos muestran que en un subconjunto de empresas sin sindicato –equivalente al conjunto total de empresas con sindicato a nivel nacional– los empleadores han desarrollado prácticas desleales o antisindicales en el periodo de 12 meses previos a la aplicación de la encuesta. Dichas prácticas, en tales contextos, no tendrían otro objetivo que impedir el nacimiento de la organización sindical¹⁸⁹.

Pues bien, ante esta realidad cabe preguntarse qué herramientas entrega el Derecho del Trabajo para la defensa y promoción de la libertad sindical, en la perspectiva del reconocimiento de la huelga como derecho fundamental.

Por largos años, y hasta la reforma introducida el año 2001 por la Ley N° 19.759, la tutela de la libertad sindical fue altamente ineficaz, y si bien esta ley incorporó nuevos elementos a este procedimiento para hacerlo más expedito y eficaz, no fue sino hasta la Ley N° 20.087 que se abre la puerta a la tutela judicial de la libertad sindical. El procedimiento de tutela laboral es uno de los procedimientos especiales incorporados por esta ley, cuyo objeto es resguardar en las relaciones laborales ciertos derechos consagrados constitucionalmente a todas las personas.

¹⁸⁷ SALINERO, Jorge, Espacios sociales en interdicción. Hacia una tipología de las prácticas desleales o antisindicales. Temas Laborales N° 26. 2009, Dirección del Trabajo, p. 11 [En línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-97427_recurso_1.pdf> [Consulta: 15 de Marzo 2010]

¹⁸⁸ La Cámara de Diputados en sesión 54°, de fecha 17 de abril de 2001 señaló: “Un informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, realizado en el 2001, para analizar incumplimientos empresariales de la normativa laboral vigente, permite ilustrar los asertos antes descritos ‘...el empresariado o parte importante no reconoce la importancia ni la función de la organización sindical en el sistema de relaciones laborales y considera que el sindicalismo y la normativa laboral constituyen trabas al crecimiento económico, lo que justifica actitudes como las conocidas por esta Comisión’. Y en el apartado siguiente agrega: ‘De otra forma no se explica que grandes empresas altamente formalizadas incurran en prácticas como las que se atribuyen a [se omite en este trabajo el nombre de la empresa] y simultáneamente se le reconozca como “mejor empresa” por Icare’ ”. En SALINERO, J. Op. Cit. p 15.

¹⁸⁹ SALINERO, J. Op. Cit, p. 12.

Regulado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, además se cubrir algunos derechos constitucionales¹⁹⁰, sustituye el procedimiento que establecía el artículo 292 para la tutela de prácticas desleales, con lo cual viene a resolver en parte la ya mencionada ineficacia normativa.

Aunque la huelga sigue permaneciendo sin reconocimiento ni tutela judicial específica, se podría utilizar esta vía para la protección en contra de cualesquiera de las prácticas contra libertad sindical que se produjeran respecto al “procedimiento de huelga”, aspecto sí contemplado por la legislación.

En este sentido, los beneficios procesales que se introducen (entre los que destacan la inversión de la carga de la prueba cuando haya indicios plausibles de vulneración, rol proactivo del juez en el procedimiento y en la sentencia definitiva y titularidad activa amplia¹⁹¹) debieran proteger de manera más amplia y con mayor rapidez la vulneración de este derecho.

4.2 La Dirección del Trabajo

En Chile, este organismo es la Dirección del Trabajo, que se ha definido como un servicio “desde el punto de vista jurídico-administrativo: *Autónomo, Descentralizado y Fiscalizador*, razón por la cual, tiene como característica funcional el ser un organismo *Técnico*, tanto por las tareas que debe desarrollar, por la calidad de sus funcionarios como por las materias a que se aboca”¹⁹².

¹⁹⁰ El art. 485 señala el derecho a la vida (artículo 19 N° 1), derecho a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1), derecho a la intimidad y respeto a la vida privada (artículo 19 N° 4), derecho al honor, derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada (artículo 19 N° 5), derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos (artículo 19 N° 6), libertad de expresión, opinión e información sin censura previa (artículo 19, N° 12, inciso primero), libertad de trabajo y de contratación laboral (artículo 19 N° 16, incisos primero y cuarto), derecho a la no discriminación (artículo 2 del Código del Trabajo).

¹⁹¹ UGARTE, José Luis. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. [En línea] Revista de Derecho, Vol XX, N° 2, Diciembre 2007, p. 62, <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf>> [consulta:17 de marzo de 2010]

¹⁹² MELIS, Christian. Inspección del Trabajo, Antecedentes y Desarrollo. Separata Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Chile, 1999, p. 47.

4.2.1 Dirección del Trabajo y huelga

En el ámbito que a este trabajo importa, es decir la huelga y la libertad sindical en el marco de la negociación colectiva, este organismo cumple una diversidad de funciones¹⁹³, que esbozaremos brevemente:

a) Registral, durante el proceso de negociación, del proyecto de contrato colectivo, de la respuesta del empleador, de la última oferta, etc.

b) Resolutoria, en relación con las objeciones de legalidad que se formulen durante el proceso; en relación con los requisitos necesarios para los efectos de la contratación de personal de reemplazo durante la huelga.

c) De Fe Pública, en tanto los inspectores del trabajo son ministros de fe, y en tanto sus constataciones constituyen presunción legal de veracidad para efectos probatorios.

d) De Fiscalía, para requerir pronunciamiento judicial respecto a prácticas antisindicales y desleales, en donde la Dirección opera como garante del bien público asociado a la libertad sindical. En este mismo ámbito, tiene la facultad de denunciar cualquier conducta empresarial que vulnere los derechos fundamentales del trabajador, entre los que se encuentran los vinculados a la libertad sindical y la negociación colectiva.

e) Por último, su función de Mediación y de Buenos Oficios, incorporada el año 2001 al Código del Trabajo.

¿De qué manera afecta el cumplimiento de estas funciones al ejercicio de la huelga? Sin duda es a través de la función de mediación (Buenos Oficios), que la Inspección se vincula más directamente con la huelga, sin perjuicio de su función de fe pública y de fiscalía, en el ámbito

¹⁹³ CABRERA, Joaquín, IBAÑEZ, José Luis, El rol de la Dirección del Trabajo en la Negociación Colectiva., En: Negociación Colectiva en Chile, la debilidad de un derecho imprescindible. Op. Cit. p. 190.

del reemplazo de trabajadores en huelga, y en cuanto a los efectos de la huelga en los beneficios adquiridos por los trabajadores, tópicos que abordaremos más adelante.

4.2.1.1 Mediación o Buenos Oficios

El trámite de los Buenos Oficios fue incorporado al procedimiento de Negociación Colectiva a través de la Ley N° 19.759 de 2001, como una etapa posterior a la votación de la huelga, y anterior a que ésta se haga efectiva. Este trámite se inicia con el requerimiento de una de las partes de la negociación, requerimiento que obliga a la otra a comparecer ante la Inspección del Trabajo. Por este hecho, la huelga –habiendo ya sido votada- se entiende suspendida por cinco días, hasta el término de la mediación, salvo que una de las partes declare que renuncia a los buenos oficios, rechazando de plano la oferta de la otra parte.

La mediación laboral se ha definido como un “modelo de solución de conflictos colectivos, en que las partes involucradas buscan generar soluciones auxiliadas por un tercero imparcial, quien actúa como moderador para facilitar la comunicación”¹⁹⁴.

La propia Dirección del Trabajo estableció una pauta de objetivos para la mediación administrativa, consistentes en desarrollar y poner en práctica el sistema alternativo de solución a conflictos laborales colectivos; generar una instancia operativa que permita promover una cultura de colaboración, mediante la integración de actitudes asociadas a la mediación como son, el respeto mutuo, la flexibilidad, la creatividad, la confianza y la buena fe; contribuir a la prevención de las consecuencias negativas en los conflictos laborales colectivos; conformar y mantener un cuerpo de mediadores calificados en el servicio, que se retroalimente de la experiencia práctica del sistema¹⁹⁵.

Este novedoso mecanismo en la legislación chilena ha sido calificado como un exitoso método, una salida alternativa a la expresión más abierta de conflicto laboral. Su aplicación va

¹⁹⁴ARROYO, Leonor. Avances y Perspectivas de la Mediación Laboral en la Dirección del Trabajo. [En línea] División de Estudios. Dirección del Trabajo, p. 2 <www.dt.gob.cl/1601/articles-73771_recurso_1.doc> [Consulta: 23 marzo 2010]

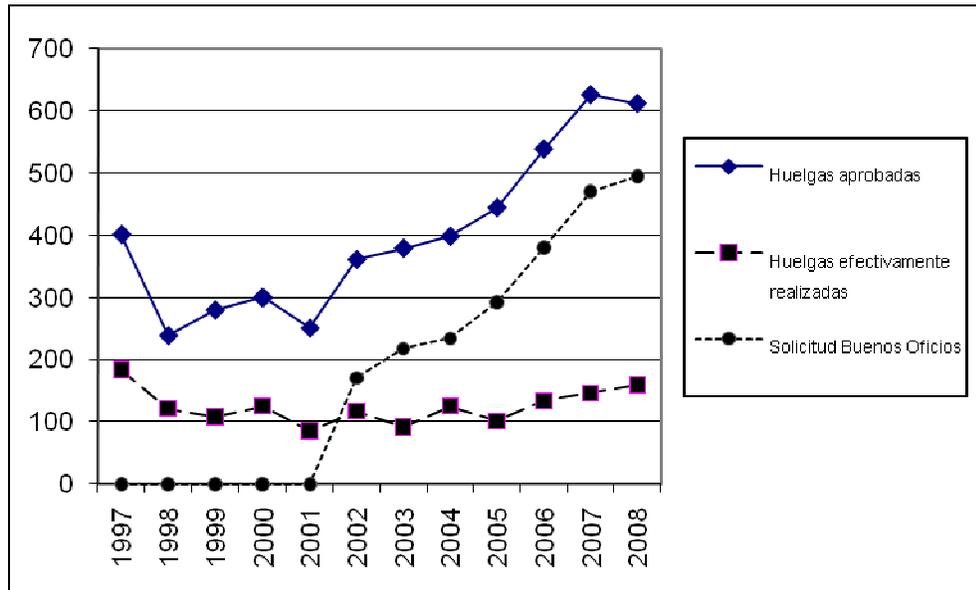
¹⁹⁵ Ibíd.

en aumento desde su entrada en vigencia (el primer año de aplicación –año 2002- hubo 163 actuaciones de buenos oficios; el año 2007 fueron 467: casi un 300% de incremento en cinco años) y sus resultados han sido importantes. En efecto desde que está en operación, 66% de las solicitudes que se han tramitado terminaron con acuerdo. Esto significa que los buenos oficios han facilitado que trabajadores y empresas alcancen un acuerdo sin que se recurra a la huelga¹⁹⁶.

Así lo muestra el gráfico N° 4 elaborado con los datos entregados por la Dirección del Trabajo. Aunque no muestra las actuaciones de buenos oficios efectivamente realizadas, sí entrega el número de solicitudes de mediación. En el gráfico es posible apreciar el aumento significativo en la cantidad de huelgas aprobadas desde el año 2002 y cómo, con el avance de los años, desde su entrada en vigencia, aumenta el margen de huelgas aprobadas mas no realizadas, mediante buenos oficios.

¹⁹⁶ LOPEZ, Diego. Negociación Colectiva Reglada y mediación administrativa: ¿prevención de la huelga o promoción de negociación efectiva?. Aportes al Debate N° 20, 2009. División de Estudios, Dirección del Trabajo, año 2009, p. 11.

Grafico N° 4: Comparación entre cantidad de huelgas aprobadas, huelgas efectivamente realizadas y solicitudes de buenos oficios¹⁹⁷



Pues bien, en lo que respecta a este trabajo, debemos establecer qué parámetro utilizar para medir cuán beneficiosa es la mediación administrativa. En este sentido el parámetro que utilizaremos es el fortalecimiento de la libertad sindical, y específicamente la autotutela sindical a través de la huelga. Es decir, los datos y cifras deben ser interpretados a la luz de este derecho fundamental, y a cómo, en concreto, se fortalece o debilita éste, más allá de la intencionalidad detrás de la regulación en esta materia.

Si bien se ha declarado que el motivo de regulación en esta materia, estableciendo el trámite de los buenos oficios administrativos, fue promover la negociación efectiva en los procedimientos reglados más que prevenir la conflictividad laboral¹⁹⁸, se plantea la interrogante de si en la práctica ha operado o no como un trámite que además de dilatarla, entorpece el ejercicio de la huelga.

¹⁹⁷ Compendio de series estadísticas 1990-2008. Capítulo 3: Huelgas. Dirección Nacional del Trabajo. p. 4.

¹⁹⁸ LOPEZ, D. Op. Cit. p. 10.

Por una parte, el hecho de que esta actuación se lleve a cabo una vez que la huelga ya ha sido votada, y antes de que ésta se haga efectiva, produce el evidente efecto de dilatar el inicio de ésta, aunque en la comparecencia ante el mediador la parte trabajadora se niegue a continuar con el trámite y decida hacer efectiva la huelga. En concreto, se pone en suspensión el ejercicio de un derecho fundamental, para la realización de un trámite administrativo que bien podría haber sido incluido dentro del proceso de negociación, es decir anterior a la votación de huelga. En efecto, el Informe Anual sobre Derechos Humanos de 2008 señala que en la práctica ha sucedido que el lapso de tiempo entre la votación de huelga, y el momento en que ésta se hace efectiva, opera a favor de la parte empleadora para ejercer presiones sobre los trabajadores para evitar la huelga, incurriendo incluso en prácticas antisindicales¹⁹⁹.

En segundo lugar, consideremos los objetivos del establecimiento de los buenos oficios en del proceso de negociación colectiva reglada: el de producir una “transformación en los paradigmas de las relaciones laborales, de manera tal que sea posible transitar, a través del mecanismo innovativo de la mediación, desde un paradigma de co-construcción de confrontación hacia uno de co-construcción de colaboración”²⁰⁰, lo anterior en miras construir “relaciones laborales basadas en la confianza” aunque reconociendo que éstas “implican grandes compromisos entre los actores y un cambio cultural de envergadura”, pues la “confianza mutua se fortalece en el cumplimiento de los acuerdos, en la transparencia de las conductas, en el respeto a las posiciones no coincidentes y en la búsqueda de una salida negociada a las discrepancias que sea satisfactoria para las partes”²⁰¹. Estas intenciones deben contrastarse con el panorama que muestran las cifras en relación con las prácticas desleales y el cumplimiento de los instrumentos colectivos por parte del sector empresarial (ver Capítulo 4.1). Esto no puede sino sembrarnos la inquietud respecto a la disposición de la parte empleadora para alcanzar acuerdos justos.

En efecto, la investigación referida a los contenidos de los acuerdos logrados en los buenos oficios, arroja la siguiente información: “de las negociaciones colectivas seleccionadas, **92** (70% del total de casos estudiados) tuvieron cláusulas de reajustabilidad real de remuneraciones, esto

¹⁹⁹ Informe Anual sobre Derechos Humanos 2008. Op. Cit, p.150.

²⁰⁰ ARROYO, L. Op. Cit, p. 2.

²⁰¹ ARROYO, Leonor “et al”, Mediación Laboral: antecedentes y reflexiones acerca de una experiencia innovadora. Aportes al debate laboral N° 2. Santiago, 2003. Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo. p. 7.

es, el acuerdo final incluyó un aumento neto de los sueldos y/o remuneraciones de los trabajadores involucrados. Sin embargo, en **59** de estos casos (45% del total de casos estudiados), el porcentaje de reajuste real pactado sobre el sueldo base o la remuneración mensual, en realidad incluía el IPC acumulado desde el último reajuste aplicado, en consecuencia, más que un reajuste era una actualización: el incremento real logrado fue, en la práctica, inferior al pactado, porque debía descontarse la inflación acumulada. Incluso en **11** de estos casos (8% del total de casos estudiados), el reajuste pactado fue inferior al IPC acumulado desde la última compensación de la inflación y no logró que los salarios recuperaran la pérdida de valor por la inflación”²⁰².

En tercer lugar, debemos considerar lo dicho por la propia institución respecto a qué sector de trabajadores son los que ocupan el porcentaje mayoritario dentro de los resultados exitosos de la mediación administrativa. Al hacer el análisis por actividad económica, sale a luz que los sectores en donde los niveles de acuerdos son mayoritarios, son precisamente en los de baja sindicalización y negociación colectiva, o bien en sectores de empresas de mejor tamaño, en donde “es difícil que los trabajadores logren reunir un poder negociador considerable”. Se deduce en el mismo estudio, que los buenos oficios “muestran un alto grado de acuerdo en negociaciones colectivas de actividades donde la negociación colectiva es poca y la sindicalización significativamente baja”²⁰³.

En síntesis, a la luz de los datos recogidos en este trabajo, surge la interrogante de si este mecanismo en lo concreto opera como una válvula de escape al conflicto laboral –independiente de las intenciones que haya tenido el legislador en el año 2001-, en desmedro de la libertad sindical y del derecho fundamental de huelga.

4.2.2 Jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo en materia de huelga

En relación con la huelga, la Dirección del Trabajo se ha pronunciado en un sinnúmero de oportunidades sobre el tema del reemplazo de los trabajadores, debido a su injerencia en el

²⁰² LOPEZ, D. Op. Cit. p. 23.

²⁰³ LOPEZ, D. Op. Cit. p. 20.

ejercicio efectivo del derecho a huelga. Junto con este tema, esta institución ha tratado la problemática de la vigencia de los beneficios adquiridos por los trabajadores durante la huelga.

En relación con el reemplazo de trabajadores en huelga, la Dirección del Trabajo se ha manifestado en el sentido de aclarar que el legislador ha limitado el reemplazo de trabajadores en huelga, en consideración a las funciones que éstos cumplen al interior de la empresa. Por este motivo, no tendría relevancia la época en que el reemplazante hubiera sido contratado, ni tampoco si la función es reemplaza por uno más trabajadores, así como tampoco si quien reemplaza las funciones del trabajador en huelga es un trabajador de la misma empresa o de una contratista, o bien alumnos en práctica, o cualquier persona ajena a la empresa que se encuentre cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en la huelga²⁰⁴.

Otro aspecto sobre el que se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa es sobre los efectos de la huelga, especialmente en lo concerniente a la vigencia y procedencia del pago de beneficios adquiridos por los trabajadores. En este sentido ha establecido que no se ven afectados durante la huelga, ni la gratificación legal a que tienen derecho los trabajadores, ni se suspenden los beneficios correspondientes a aguinaldos de navidad o año nuevo u otros. Esto, debido a que se trata de remuneraciones o beneficios cuya exigibilidad había quedado determinada en el contrato colectivo con anterioridad a la huelga. Sobre esto, la Dirección ha dicho que “los beneficios laborales periódicos o esporádicos, cuya exigibilidad está ligada a un evento, tiempo o fecha, y que no están directa y materialmente vinculados a la prestación de servicios determinados, se perfeccionan por la sola llegada del evento, tiempo o fecha, siempre que los trabajadores se mantengan como tales en virtud del contrato de trabajo que contempla esos beneficios. Y como estos últimos requisitos son cumplidos por los trabajadores durante el período de huelga, la suspensión contractual sólo va a afectar temporalmente la exigibilidad de los señalados beneficios. De ello se sigue que sostener lo contrario implica reconocer un efecto extintivo de la huelga cuyo no ha sido el propósito del legislador”²⁰⁵.

²⁰⁴ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 1303/64 03.2004, N° 1197/61 04.2002, N°3403/059 07.2006.

²⁰⁵ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 3709/188 06.1995. N° 1360/073 03.2004.

Tampoco se verá afectado el feriado colectivo que hubiera sido concedido por el empleador, prevaleciendo éste por sobre el procedimiento de negociación colectiva en caso que coincida con el día que los trabajadores hubieran hecho efectiva la huelga²⁰⁶.

Un caso especial es el de los trabajadores cuyo derecho a feriado legal se otorga según lo estipulado en el artículo 74 del Código del Trabajo, es decir, aquellas actividades que por su naturaleza, produce su cierre en determinadas épocas del año. En este caso, la huelga se entenderá suspendida cuando sobrevenga el feriado²⁰⁷.

Tal es el caso de los colegios particulares, en donde la negociación colectiva y, por lo tanto, la huelga, se suspenden cuando coincida con el feriado legal correspondiente al artículo 41 de la Ley N° 19.070, ya sea que se trate de la negociación colectiva de los docentes o no docentes. Ahora bien, no se va a suspender respecto de estos trabajadores cuando se trate de suspensión de actividades escolares por vacaciones de invierno y fiestas patrias. En estos casos, la Dirección ha dicho que el personal se encuentra liberado de prestar servicios y el procedimiento de negociación colectiva debe entenderse suspendido respecto de todos los trabajadores involucrados, para los efectos de determinar si se aprueba la huelga o si se acepta la última oferta del empleador, para hacerla efectiva y para suspender la que se hizo efectiva antes del inicio del período de suspensión²⁰⁸.

4.3 La respuesta del Ejecutivo en materia de huelga

4.3.1 Mensaje Presidencial de 21 de mayo en materia de huelga²⁰⁹

²⁰⁶ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 3709/188 06.1995. N° 612/040 01.1998. N° 3729/276 09.2000. N° 2098/034 05.2006.

²⁰⁷ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 2631/201, 06.2000.

²⁰⁸ República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 5408/250 12.2003.

²⁰⁹ La información de este Ítem fue extraída del sitio web www.gobiernodechile.cl antes de que asumiera el actual presidente de la república Sebastián Piñera. Al momento de la redacción del capítulo, el contenido del sitio ya se había modificado, lo que imposibilitó definir las referencias bibliográficas correspondientes a cada discurso presidencial del gobierno de la ex - presidenta Michelle Bachelet. En consecuencia, hacemos una referencia general a ese sitio, debido a que el soporte digital que nos sirvió de fuente, ya no existe.

Por expreso mandato constitucional²¹⁰, los 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República debe dirigirse hacia la Nación para dar cuenta del estado administrativo y político del país, pronunciando un discurso ante el Congreso Pleno. Es costumbre que éste sea transmitido en directo por cadena nacional a través de los canales de televisión abierta y algunas radioemisoras, con el objeto de que el pueblo, principal entidad que ejerce la soberanía de la Nación²¹¹, tome conocimiento de las políticas que se han desarrollado, y de las que idealmente se implementarán, en todos los ámbitos relevantes para la sociedad chilena.

La temática referida a la situación y a las condiciones laborales es relevante, dado que hay más de 6 millones de trabajadores en nuestro país. Por ello, año a año el mensaje presidencial hace referencia a las medidas implementadas, a aquellas a implementar y, en definitiva, muestra en qué aspectos está poniendo la vista y fijando las prioridades el poder ejecutivo del Estado.

Por este motivo consideramos pertinente consignar tales rendiciones de cuentas, específicamente los mensajes presidenciales correspondientes a los últimos cuatro años, pues allí están contenidos los lineamientos generales a nivel de políticas públicas. Al mismo tiempo queda en evidencia cuáles de las medidas anunciadas, no se han implementado, y qué materias ni siquiera han figurado en la agenda pública.

4.3.1.1 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2006

En el discurso del año 2006, en materia laboral se hizo referencia a las transformaciones al sistema previsional; al proyecto de ley de subcontratación; al proyecto de ley que aumenta los beneficios del contrato de aprendizaje; a promover la jornada parcial y el teletrabajo; a promover el trabajo de jóvenes y mujeres; a reformar y ampliar los beneficios y cobertura del seguro de cesantía y a generar más empleo. Se utiliza el concepto de “empleo decente”, y de “responsabilidad social empresarial”.

En el ámbito del derecho colectivo del trabajo, la entonces presidenta Michelle Bachelet se refirió a él en los siguientes términos: “Déjenme decir que también estoy convencida de que el

²¹⁰ Artículo 24, Constitución Política de la República.

²¹¹ Artículo 5° Constitución Política de la República.

empleo decente se promueve fortaleciendo la organización sindical. Impulsaremos un programa de diálogo social, que reúna a trabajadores, empresarios y gobierno. Porque Chile lo construimos entre todos. Y sin duda, las relaciones laborales modernas son parte fundamental de esta construcción”.

4.3.1.2 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2007

Este año la agenda laboral hizo remisión al proyecto de ley que perfecciona el seguro de cesantía; se mencionó la creación más tribunales de trabajo y de la figura del defensor laboral; se hizo referencia a la capacitación a los jóvenes; a la importancia de fortalecer la responsabilidad social empresarial; a la dictación de un Código de Buenas Prácticas Laborales y se hizo un “llamado a la conciencia ética de la Nación”. En esta oportunidad se utilizó la expresión de “derechos sociales para los ciudadanos”, mencionando el deber de establecerlos y de garantizarlos.

Se vuelve a hacer referencia al concepto de “trabajo decente”, y se lo relaciona con el derecho colectivo del trabajo señalándose que “trabajo decente significa también que los trabajadores puedan negociar sus contratos de manera eficaz. Queremos promover la organización sindical. Queremos que más trabajadores puedan negociar colectivamente. Seguiremos trabajando acuerdos para modernizar las relaciones laborales. Pero algo más. No toleraremos ningún tipo de prácticas antisindicales. Seremos rigurosos para sancionarlos”.

Por último, en cuanto a la muerte del trabajador forestal Rodrigo Cisternas en la movilización de las empresas contratistas de la usuaria, Empresa Forestal Bosques Arauco, por mejores condiciones de trabajo y de remuneraciones, Michelle Bachellet señala: “Lo dije y lo reitero, la muerte del trabajador en Arauco, en el marco de un conflicto laboral, es una derrota para todos”.

4.3.1.3 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2008

En la temática laboral, se hace referencia a la propuesta del Consejo de Equidad de subsidio al trabajo; a la modificación al seguro de cesantía; a la reforma procesal laboral y al programa de Defensoría Laboral; se habla de la creación de una Escuela Nacional Sindical, y de la moción

que pone fin a la inhabilidad de los dirigentes sindicales para ser parlamentarios. Nuevamente se utiliza el concepto de trabajo decente.

Este año el Mensaje sí se extiende en materia de derecho colectivo. Así, se señala que “trabajo decente significa, también, el resguardo de los derechos colectivos de los trabajadores. Ya lo he dicho: Queremos más y mejor negociación colectiva, porque ésa es la mejor herramienta para asegurar el fluido diálogo entre trabajadores y empresarios, en una relación que se construya sobre la base de la confianza y no del prejuicio, sin violencia, en relaciones donde ambas partes ganen [...]”

Queremos una mejor negociación colectiva al interior de la empresa, con procedimientos más simples, más rica en contenidos y con actores más legitimados. Para ello es crucial que, respetando el principio de libertad sindical que consagra la OIT, fortalezcamos el sindicato de empresa para que éste sea cada vez más representativo.

Para fomentar ello, propondremos que habiendo un sindicato representativo en una empresa, exista alguna limitación a la constitución de grupos negociadores paralelos. Además, abordaremos aquellas situaciones que pueden constituir prácticas abusivas del fuero sindical.

También propondremos que aquellos trabajadores no sindicalizados que se benefician de los acuerdos de una negociación deban aportar el 100 por ciento de la cuota sindical.

Porque sólo con mejores sindicatos vamos a poder enriquecer la negociación, que es algo que realmente necesitamos.

Así, propondremos que un sindicato representativo pueda negociar con el empleador materias como horarios, horas extraordinarias, jornada o beneficios sociales, y no se quede sólo en la discusión salarial”.

4.3.1.4 Discurso presidencial de 21 de mayo de 2009

En materia laboral, se hace referencia a la necesidad de un sistema de capacitaciones para mujeres jefas de hogar; la certificación de competencias laborales; de los beneficios adquiridos por las trabajadoras de casa particular ; un plan de mejoramiento a las Compin; se mencionan las leyes aprobadas de reforzamiento al seguro de cesantía y de subsidio al empleo juvenil; el pronto ingreso al Congreso de un proyecto de ley que crea un Servicio Público y Nacional de Asesoría Jurídica para dar asesoría de calidad para los trabajadores; el “acuerdo pro empleo”; la

importancia de avanzar en un empleo decente y digno; la protección social; el avance en cuanto a la justicia laboral y de seguir promoviendo el diálogo entre empleadores y trabajadores, señalándose que: “el acuerdo pro empleo ha mostrado que ese camino es fecundo y que puede ser la base para avanzar en trabajo digno y decente”.

4.3.1.5 En síntesis: la huelga en los discursos presidenciales de 21 de mayo de los últimos cuatro años

Tanto en el discurso del año 2006 como el de 2007 se habla de fortalecer la organización sindical, y sobre la relevancia de que los trabajadores puedan negociar colectivamente. Pero es el año 2008 en donde se hace mayor hincapié en el ámbito del derecho colectivo, específicamente a la negociación colectiva. En todo caso, resulta evidente que en la concepción del Ejecutivo ésta se restringe a la negociación dentro de la empresa. Así, la idea de “más y mejor negociación colectiva” está siempre referida al interior de la empresa. Del mismo modo, cuando se habla de respetar el principio de libertad sindical que consagra la OIT, esto se realizaría fortaleciendo el sindicato de empresa. El año 2009 por su parte, se caracteriza por no hacer mención alguna al derecho colectivo del trabajo, ni mucho menos a la negociación colectiva.

En todo caso, en lo que concierne al tema de este trabajo, debemos dejar sentado que en ninguno de los mensajes presidenciales estudiados se utiliza siquiera la palabra “huelga”. Ello debe ser interpretado como una señal del lugar que ocupa el fortalecimiento de este derecho fundamental (y aun su existencia como tal) en la agenda pública. En efecto, al mencionar la muerte del trabajador forestal Rodrigo Cisternas, se soslaya el hecho de que ésta se produce precisamente en el contexto de una huelga ilegal, en donde el conflicto había alcanzado niveles de violencia considerables.

4.3.2 Programas presidenciales

En este ítem nos referiremos a las propuestas de los candidatos presidenciales para las elecciones del año 2010 en materia laboral, no con el ánimo de realizar un análisis político de cada una de las propuestas, sino con el objetivo de examinar tendencias dominantes dentro de los

conglomerados políticos en materia de huelga, así como también de poder determinar en qué medida se avanza hacia el fortalecimiento de la libertad sindical, específicamente en lo relativo al derecho a huelga.

Para ello, se mencionará los temas relacionados con la negociación colectiva y derecho a huelga en los programas de los candidatos Marco Enríquez Ominami y Jorge Arrate; y se mencionarán además los demás puntos en materia empleo contenidos en el programa de gobierno del presidente electo Sebastián Piñera²¹².

4.3.2.1 Programa de Marco Enríquez Ominami²¹³

El programa de este candidato presidencial independiente desarrolla una propuesta de empleo bajo 3 ejes principales, a saber: el reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho constitucional, la ampliación de la Negociación Colectiva, y el fortalecimiento del seguro de desempleo.

Siguiendo la línea predominante en materia de política laboral, apunta hacia la “adaptabilidad laboral pactada entre trabajador y empleador”, como primer punto de sus propuestas concretas, señalando que a través de este medio se pretende reactivar la economía al dar mayor dinamismo al empleo²¹⁴.

4.3.2.2 El programa de Jorge Arrate²¹⁵

²¹² El programa presidencial del candidato Eduardo Frei, al momento de la redacción de este acápite ya no se encontraba disponible en el sitio oficial www.efrei.cl

²¹³ La información de este candidato fue obtenida a través de una web no oficial, en un documento que contiene las propuestas resumidas, ya que la página web <http://www.Marco2010.cl> fue reconducida a la página del senador, una vez que el candidato Sebastián Piñera fue electo.

²¹⁴ PROGRAMA DE GOBIERNO, campaña Presidencial Marco Enríquez Ominami. [En línea] <<http://www.scribd.com/doc/23239688/Programa-de-Gobierno-Marco-Enriquez-Ominami>> [consulta: 29 de marzo 2010]

²¹⁵ PROGRAMA DE GOBIERNO, candidato presidencial Jorge Arrate. [En línea] <http://arrate2009.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=289&Itemid=29&limit=1&showall=1> [consulta: 28 de marzo 2010]

En el programa de este candidato presidencial, se aborda de lleno la problemática de la negociación colectiva y el derecho a huelga, en el Capítulo 2 sobre “Desarrollo económico para las mayorías”. El punto 2.8 titulado “Fortalecer la Posición Negociadora de los Trabajadores”, desarrolla un diagnóstico de lo que considera las principales aristas del escaso poder de negociación de los trabajadores, afirmando que hasta ahora “Las reformas laborales han resultado insatisfactorias y no han fortalecido la negociación colectiva ni han modificado el derecho de la patronal para recontratar trabajadores cuando se producen huelgas”. Por este motivo, en la sección de propuestas concretas aborda el “impulsar la negociación colectiva y el derecho a huelga para todos los trabajadores” y “eliminar la figura del reemplazo de los trabajadores en huelga para que el derecho a huelga sea efectivo”.

El tema también es abordado en relación con los trabajadores excluidos de ejercer este derecho, al referirse a los funcionarios del sector público en el ítem 2.13 titulado “Recuperación del sector público”, en donde propone el fortalecimiento de las “organizaciones sindicales de los trabajadores públicos y eliminar la prohibición de huelga”.

Por último, en el Capítulo 4 sobre Derechos Humanos, aborda el punto diagnosticando las limitaciones al derecho a huelga de los trabajadores, lo que plantea como una “vulneración a los derechos fundamentales de la persona humana”.

4.3.2.3 El programa de Sebastián Piñera²¹⁶

El programa de Sebastián Piñera aborda las temáticas laborales desde la consigna “Un millón de nuevos y buenos empleos”, en donde los ejes son el trabajo juvenil y femenino. Específicamente, la promoción del empleo juvenil a través de capacitaciones y bonos, y el empleo femenino, a través de la “inserción laboral femenina, para hacerla compatible con su vida familiar”. Para esto pretende insertar normas de flexibilidad horaria que hagan compatible el oficio de las dueñas de casa con el trabajo asalariado, al mismo tiempo que postula mejoras en torno al fuero maternal.

²¹⁶ PROGRAMA DE GOBIERNO, candidato presidencial Sebastián Piñera. [En línea] <<http://pinera2010.cl/programa-de-gobierno/empleo/2/>> [consulta: 25 de marzo 2010]

Junto con lo anterior se plantean otros aspectos en materia laboral, tales como la creación de instituciones de intermediación laboral (colocación de trabajadores), modalidades flexibles de trabajo –como el teletrabajo y trabajo desde el hogar-, incorporación de criterios técnicos a la fijación del salario mínimo, reformulación de la Dirección del Trabajo (creación de una Dirección del Trabajo Autónoma), y por último, el fortalecimiento del seguro de cesantía en vistas de eliminar la indemnización obligatoria por años de servicio (a cambio de una indemnización limitada, a todo evento, de menor cuantía). La Negociación Colectiva es mencionada en el ítem de reformulación de la Dirección del Trabajo, en donde se señala que “se ampliarán los temas que forman parte de la negociación colectiva, incluyéndose materias como flexibilidad horaria, sistema de turnos y otros. Esta adaptación permitirá enfrentar en mejor forma las crecientes exigencias del mundo moderno, y será una forma virtuosa de extender la negociación colectiva por empresa. Se revisará la legislación para eliminar las actuales restricciones que dificultan que un mayor número de trabajadores negocie colectivamente”

No especifica el programa de qué manera se logrará esta ampliación de la cobertura de la negociación colectiva, aunque sí puede apreciarse que sus políticas en materia laboral apuntan hacia la flexibilidad pactada.

No existe mención explícita al derecho a huelga.

Por su parte, en la sección “Los 75 compromisos con el Cambio”, se vuelven a abordar de manera resumida los puntos que componen su programa. En efecto en este ítem, se trata la problemática del desempleo juvenil, la inserción de la fuerza laboral femenina al mercado del trabajo, extensión de la licencia maternal, la creación de un millón de empleos, subsidio al trabajo, capacitación a través de la entrega de bonos, y la reformulación de la Dirección del Trabajo junto al perfeccionamiento del sistema judicial. Sí se menciona en este ítem, bajo la consigna “trabajo digno para todas y todos”, la idea de “fortalecer los sindicatos y la Negociación Colectiva”, en donde se afirma que “Ampliaremos las materias a negociar y eliminaremos las restricciones que impiden a muchos trabajadores negociar colectivamente”²¹⁷.

²¹⁷ PROGRAMA DE GOBIERNO, Sebastián Piñera [En línea] <<http://pinera2010.cl/75-compromisos/>>, [consulta:

4.4 Otros actores

4.4.1 Ministerio del Trabajo: Anteproyecto de ley que mejora la negociación colectiva, año 2009

A fines de febrero del año 2009, Claudia Serrano, ministra del trabajo del gobierno de Michelle Bachelet, formuló declaraciones a los medios de prensa, en las que aseguraba que ingresaría el proyecto de ley sobre mejoramiento de la negociación colectiva antes del 21 de mayo de 2009.²¹⁸ Sin embargo, con posterioridad desmintió tales aseveraciones argumentando que esta iniciativa no se encontraba dentro de los proyectos prioritarios a enviar por el ejecutivo. En esa oportunidad se afirmó que el tema primordial y urgente en la agenda de gobierno era el empleo, y la aprobación de la ley de subsidio al empleo juvenil²¹⁹, y la tramitación del proyecto sobre negociación colectiva se postergó, hasta que finalmente nunca fue despachado por el ejecutivo.

Esta iniciativa concluyó en un borrador de proyecto de ley –hoy archivado-, en donde se plantean las posiciones que estuvieron sobre la mesa, y que reflejan la tendencia en un importante sector político (en ese entonces gobierno, actualmente la “oposición”). Por ello decidimos incluir en un acápite la información que pudimos pesquisar de dicho borrador de proyecto de ley.

El anteproyecto, que se discutió entre las secretarías del Ministerio del Trabajo, de Hacienda y representantes de la CUT, constaba de 17 puntos, cinco de los cuales habían sido mencionados por el discurso presidencial del año 2008, según se observó en el acápite anterior.

Los ejes del anteproyecto son los siguientes:

²¹⁸ PROYECTO PARA FORTALECER la negociación colectiva ingresara al Parlamento antes del 21 de mayo. Radio Cooperativa Online, 25 de febrero de 2009. [En línea] <http://www.cooperativa.cl/proyecto-para-fortalecer-la-negociacion-colectiva-ingresara-al-parlamento-antes-del-21-de-mayo/prontus_notas/2009-02-25/162945.html> [consulta: 29 de marzo 2010]

²¹⁹ La Ley N° 20.338 de Subsidio al Empleo Juvenil, fue tramitada en 17 días en el Parlamento, promulgada el 25 de marzo de 2009, publicada en el Diario Oficial el 3 de abril, y que comenzó a aplicarse el 1° de julio de 2009.

1) Reducción de plazos en la negociación: el plazo para que el empleador contestara el proyecto se reduce de 15 a 5 días, y transcurrido el día 11 sin haber dado una respuesta, el empleador es sancionado con la pérdida del derecho a reemplazo. Se mantiene el plazo de 19 días para la contestación, sin embargo, una vez transcurrido éste sin respuesta por parte del empleador, se entiende rechazado el proyecto (sic).

2) Fortalecimiento de la titularidad del sindicato en la negociación y restricción a la negociación de grupos de trabajadores. Específicamente, limitando la existencia de grupos negociadores sólo en las empresas o en los casos en que no exista sindicato, y estableciendo que el trabajador sindicalizado sólo pueda negociar dentro de, y junto a, su sindicato.

3) Extensión de los beneficios del contrato colectivo a trabajadores no sindicalizados: pasa de ser un acto jurídico unilateral a uno bilateral, requiriendo aceptación expresa del trabajador, e imponiéndole la obligación de pagar el 100 por ciento de la cuota sindical a la respectiva organización.

4) Incorporación de dos nuevas figuras constitutivas de prácticas antisindicales: una que sanciona los reemplazos ilegales de trabajadores en huelga, como sea que se produzcan, y otra que castiga al empleador que se niega a reincorporar en sus funciones a un dirigente sindical aforado, frente a requerimientos de fiscalizador de la Inspección del Trabajo [...]. Se propone incorporar una letra f) al artículo 290 del Código del Trabajo, que sancione como práctica desleal del trabajador al que utilizare los derechos sindicales o fueros, de mala fe o con abuso del derecho.

5) Negociación por firmas de grupos empresariales. Se señala que para enfrentar el “abuso de razones sociales en grupos empresariales”, un sindicato interempresas “que agrupe a trabajadores de empresas que siendo matrices, filiales, coligadas o relacionadas, que exploten una misma actividad económica, podrá negociar con todas ellas en forma conjunta”, no pudiendo las empresas negarse a dicha negociación.

6) Incorporación de una regulación para que las organizaciones sindicales puedan negociar con los empleadores pactos de adaptabilidad laboral, incorporando acuerdos en materia de distribución de jornada ordinaria de trabajo, distribución de descansos, otorgamiento de descansos en los día domingo, pactos de bolsas de horas extraordinarias –las cuales no podrían exceder de 200 anuales-, y tiempos no trabajados en que el trabajador deba estar a disposición del empleador.

7) Se regula un procedimiento de negociación colectiva para los sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, que incluye lógicamente a los trabajadores de temporada.

8) Se mantiene la obligación que la legislación actualmente impone al empleador, de hacer entrega de sus balances financieros de los dos años anteriores, tres meses antes de presentarse el proyecto, pero se deberá incluir en éstos, notas explicativas de cada una de las partidas; y en caso de formar parte de un *holding*, siempre que desarrollen una actividad común, deberán entregar los estados financieros de las empresas que formen parte de éste.

9) Se pone fin a las exclusiones del derecho de negociación colectiva señaladas en el artículo 305 del Código del Trabajo, pudiendo negociar trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, por obra o faena transitoria o de temporada, los gerentes, sub gerentes, agentes o apoderados dotados de facultades generales de administración, las personas autorizadas para contratar y despedir trabajadores, y aquellos que ejerzan funciones de mando o inspección dotados de atribuciones decisorias sobre políticas y procesos productivos.

10) Fuero en sindicatos interempresas. Se establece fuero a un director si el sindicato interempresas reúne entre 8 y 25 trabajadores; si reúne entre 26 y 100 trabajadores de la misma empresa que los directores, tendrán fuero dos de ellos. Y si la empresa reúne a menos de 8 trabajadores, no existirá derecho a fuero.

11) Se mantiene la institución del reemplazo de trabajadores en huelga. Las modificaciones están en establecer un incremento desde 4 a 10 UF en el bono a pagar por cada trabajador reemplazado, y en el deber del empleador de, además de mantener idénticas las condiciones vigentes, reajustar los sueldos conforme al IPC sin la exclusión de los últimos 12 meses que

contempla el artículo 381 del Código del Trabajo, sino que reajustarlos por todo el periodo del contrato.

Hoy día, cuando es un hecho que el proyecto nunca fue enviado para su tramitación en el Parlamento, surge la interrogante de por qué se dejó de lado, habiendo sido anunciado en reiteradas ocasiones, incluyendo la campaña presidencial del gobierno de Michelle Bachelet, y en el Mensaje Presidencial de 21 de mayo del año 2008.

A la fecha del anuncio del anteproyecto ya algunos sectores se oponían a la tramitación de esta ley. Así, algunos medios de prensa señalaban que “los constantes cuestionamientos desde el empresariado con respecto a la oportunidad de la discusión en un contexto de crisis internacional, hace prever que su tramitación no será fluida²²⁰. En efecto, las declaraciones de Andrés Concha, Secretario general de la SOFOFA, señalan que "hay prioridades que están por sobre esto y las contingencias que estamos enfrentando hoy son las del empleo" y que “la probabilidad de que las posiciones se radicalicen y polaricen son muy altas. Creemos que una disposición como ésta debe ser debatida en un periodo no electoral”²²¹.

Frente a este escenario, algunos sectores de la opinión pública consideraban la posibilidad de que el proyecto fuera utilizado como un elemento a favor de la coalición de gobierno en las elecciones presidenciales, para diferenciarse de la candidatura de la oposición (Alianza por Chile) y obtener una mayor votación. Al respecto se señaló que “si bien, en el oficialismo coinciden en que existen nulas esperanzas de que el proyecto sea aprobado este año 2009, coinciden en que con el sólo hecho de instalar la discusión en el Congreso y en los medios, se ganarán activos para la batalla electoral por La Moneda y por el Parlamento²²².

²²⁰ SUBSIDIO al empleo juvenil podría estar operativo en junio. [En línea] La Nación, 20 de marzo de 2009 <http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090319/pags/20090319215342.htm> [consulta: 1 de abril de 2010]

²²¹ Artículo de Diario Estrategia. SOFOFA Y CUT Rechazan Proyecto de Negociación Colectiva. [En Línea]. Diario Estrategia On Line, 27 de abril de 2009 <http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=22735> [consulta: 3 de abril de 2010]

²²² Artículo Diario On Line El Mostrador. ASI ES EL PROYECTO de negociación colectiva que La Moneda guarda en el cajón. [En Línea]. Fenepruss, 11 de marzo de 2009. <http://www.fenpruss.cl/fenpruss/publico/05_0000001627.htm> [consulta: 2 de abril de 2010]

Este tipo de situaciones que se presentan a la hora de renovar la normativa laboral, son señaladas por el profesor UGARTE al decir que “con un Senado no íntegramente representativo de la soberanía popular, mediante el resabio autoritario de los senadores designados, la legislación dictada en la extensa transición hacia la democracia en Chile se ha caracterizado por trasuntar un nivel de negociación política casi sin límite, y donde cualquier modificación legal tiene que dar tantas y variadas garantías a los sectores empresariales, que terminan siendo buena parte de ellas regulaciones jurídicas híbridas. La legislación laboral no ha sido la excepción, con casos paradigmáticos como el de los reemplazantes en la huelga –prohibidos pero permitidos al mismo tiempo en la curiosa redacción del artículo 381 del Código del Trabajo”²²³

En todo caso, cabe señalar que en relación con el contenido del proyecto, las modificaciones que se pensaba introducir no alcanzaban los estándares mínimos en cuanto al derecho a huelga, de acuerdo a lo establecido a lo largo de este trabajo.

4.4.2 Consejo Asesor Presidencial Para el Trabajo y la Equidad

El 23 de agosto de 2007, la entonces Presidenta Michelle Bachelet constituyó el Consejo Asesor Presidencial para el Trabajo y la Equidad. La necesidad de este organismo (que funcionaba bajo el *slogan* “Hacia un Chile más justo”), era reconocida por la constatación de que “existe la percepción que, en muchos casos, la retribución por el trabajo resulta insuficiente para alcanzar condiciones de vida digna”²²⁴.

El Consejo estuvo integrado por 48 expertos²²⁵ en los temas a debatir, quienes representaron la opinión de diversas esferas: política, empresarial, sindical, religiosa y académica.

²²³ UGARTE, José. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Op. Cit. p. 61.

²²⁴ CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL Trabajo y Equidad. Descripción. [En línea] <<http://www.trabajoyequidad.cl/view/viewArticulos.asp?idArticulo=107>> [consulta: 12 de marzo de 2010].

²²⁵ Presidida por el economista Patricio Meller, Oscar Landerretche, Andrea Repetto, Humberto Vega, Dante Contreras, Alejandra Mizala, Claudio Aravena, Eduardo Engel, Emilio Morgado, Eugenio Tironi, Francisco Tapia, Guillermo Campero, Harald Beyer, Jaime Ruíz – Tagle, Jorge Matute, Juan Claro, Luis Roblero, Rodolfo Sequel, Rosanna Costa, Víctor Tokman, Yerko Ljubetic, Álvaro García, Claudia Sanhueza, Claudio Sapelli, Enrique Silva Cimma, Felipe Lamarca, Florencia Torche, Joaquín Lavín, Lily Pérez, Lucía Santa Cruz, Manuel Covarrubias, Margarita María Errázuriz, Rodrigo Jordán, Rodrigo Tupper, Rodrigo Vergara, Sergio Molina, Susana Tonda, Alan Farkas, Augusto Bruna, Bernardita Vial, Cristóbal Hunneus, David Bravo, Eugenio Díaz, Fernando Coloma, José Andrés Herrera, Mario Astorga, Ricardo French- Davis, Ricardo Solari.

Esta entidad tuvo por finalidad “desarrollar un espacio de discusión donde confluyan las visiones y opiniones de los diversos sectores de la sociedad con el propósito de crear una serie de propuestas con miras a lograr mayor equidad en el ámbito laboral, además de originar la creación de un pacto social por el desarrollo”, debatiendo sobre “políticas para fortalecer el capital humano, lo que permitirá el incremento de la productividad y los salarios en la economía chilena; mejoraras en la distribución del ingreso; favorecer un mercado de trabajo más moderno y equitativo; promover el ejercicio del derecho a la libertad sindical; garantizar el trabajo decente, las relaciones laborales equilibradas y constructivas”²²⁶, y entre los cuales correspondió también un lugar a la negociación colectiva y a la huelga.

En materia de huelga, el debate se centró en el remplazo de trabajadores en huelga, y al respecto surgieron tres posturas, según si eliminar o mantener –y en qué términos- esta institución.

Un primer grupo de consejeros propone un sistema en el que se garantice la protección de los bienes jurídicos involucrados, que además están consagrados constitucionalmente, a saber: la libertad sindical y el derecho de huelga, junto con la libertad de contratación y el orden público económico. Argumentan que “si se considerara la eliminación del reemplazo de trabajadores en huelga, se debiera revisar el carácter indefinido de la huelga que hoy existe en Chile”. Este sector señala que “se debiera contemplar la ampliación del derecho de los trabajadores a reintegrarse individualmente a las labores cada vez que el empleador realice una nueva oferta y que se requiere la consideración de la extensión de la mediación a todo el lapso de la negociación colectiva”²²⁷.

Un segundo grupo de consejeros sostiene la necesidad de mantener el derecho a remplazo, dado que cumpliría el rol “permitir la comparación de la relación productividad salario con las demandas de los huelguistas”. Señalan que “hoy el uso del reemplazo está bastante restringido,

²²⁶ CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL Trabajo y Equidad. Op. Cit.

²²⁷ CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL TRABAJO Y EQUIDAD. Informe Final 2008. Hacia un Chile más justo: trabajo, salario, competitividad y equidad social. p. 142. [En Línea] <http://www.oei.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf> [consulta: 5 de febrero de 2010].

requiere una oferta mínima, no se puede realizar en cualquier momento, no se permite hacerlo con empresas de servicios transitorios y se exige el pago de UF 4 por cada trabajador reemplazado. Si se suma que los reemplazantes desconocen la dinámica de la empresa, este mecanismo opera sólo en casos extremos”; que actúa como un “elemento orientador en una situación de conflicto, que ayuda a las partes a la realización de un test de coherencia de sus respectivas posturas con la realidad del mercado en ese momento, y por tanto debe mantenerse la opción a ejercerlo”, y que “se destaca que la evidencia empírica indica que este instrumento tiene un impacto positivo en el empleo”²²⁸.

Un tercer grupo de consejeros propone la derogación de las normas contenidas en el Código del Trabajo referidas al reemplazo de los trabajadores en huelga. Este sector argumenta en base a las posiciones de la OIT y de sus órganos de control, señalado que “la huelga debe ser entendida como una expresión de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva” y que “toda limitación arbitraria de la huelga violenta el principio y el derecho de libertad sindical”.

Consideran además que la huelga es un medio de solución de conflictos, ya que encarece el desacuerdo entre las partes, planteando a ambas partes la posibilidad de encontrar acuerdos mutuamente satisfactorios. Sostienen que “el reemplazo de trabajadores en huelga no está admitido en la casi totalidad de las legislaciones, ya que desvirtúa y desnaturaliza la huelga”. Apuntan asimismo que “el reemplazo implica la distorsión y neutralización de la huelga, a la vez que esta evidente asimetría constituye una amenaza legalmente establecida para los trabajadores en proceso de negociación, lesionándose, de esta manera la existencia de un buen clima de relaciones laborales en la empresa”²²⁹.

Sobre el debate llevado a cabo se ha señalado que llama la atención que la discusión respecto al derecho fundamental a la huelga se limite a definir si se mantiene o no la figura del reemplazo de los trabajadores en huelga, y que no se considere “ninguna medida o acción para fortalecer el ejercicio del derecho fundamental de huelga, ni para la remoción de las restricciones solicitadas

²²⁸ CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL TRABAJO Y EQUIDAD. Op. Cit. p 143.

²²⁹ Ibid.

por los organismos internacionales ya señaladas anteriormente²³⁰, en relación con las limitaciones de la legislación chilena al ejercicio de este derecho.

²³⁰ Informe anual sobre Derechos Humanos 2008. Op. Cit, p. 174.

CONCLUSIONES

Antes de introducirnos de lleno en las conclusiones de este trabajo, consideramos imprescindible volver a una de las raíces del problema planteado: los derechos fundamentales. La Real Academia Española ha definido derechos fundamentales como aquellos que por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior. Ellos corresponden al ámbito limitado del individuo, el núcleo básico e irrenunciable del estatuto jurídico individual, imprescindible para el desarrollo de las personas.

En este sentido, dentro de los derechos fundamentales laborales se han definido como derechos fundamentales específicos la libertad de trabajo y su protección y la justa retribución, la no discriminación y libertad sindical²³¹. Es así como dentro de la libertad sindical, la Negociación Colectiva y la Huelga son ser atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses²³². Pero, ¿ha reconocido la legislación chilena el derecho a Huelga como un derecho fundamental?

En realidad, en el transcurso de esta investigación pudimos concluir que en Chile la Huelga no es un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. Lo anterior, debido a que nuestra legislación limita su ejercicio de tal forma que socava su contenido esencial. Tan sólo se reconoce como una etapa dentro del procedimiento de Negociación Colectiva Reglada.

La primera limitación está dada por el hecho de que en Chile la huelga no está reconocida explícitamente en la Constitución, como se estableció en el Capítulo 3. En este sentido nuestro país se encuentra en un retraso notable respecto a los demás estados miembros de la OIT, en lo que respecta al reconocimiento de los derechos fundamentales laborales. En efecto, el modelo

²³¹ GAMONAL, S. Fundamentos del Derecho Laboral. Op. Cit. p 37

²³² UGARTE, J. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. Op. Cit p. 52

contractualista de huelga –el más restringido- constituye un caso excepcional en el derecho comparado, y ha sido criticado severamente por los Organismos de Control de la OIT.

Si bien algún sector de la doctrina ha considerado que la huelga se reconoce de manera implícita en la Carta Magna, lo concreto es que este derecho no se encuentra amparado por el recurso de protección. Por lo tanto, cuando este derecho es vulnerado sólo cabe recurrir a la justicia ordinaria²³³.

Pero aunque se aceptara el hecho de encontrarse reconocido implícitamente en EL Código Político, y aún en la legislación, las cifras de trabajadores a cuyo alcance se encuentra, es marginal. En efecto, los resultados arrojados por la Encuesta Laboral 2008, ENCLA, revelan que, si bien la huelga afecta a un bajo porcentaje de trabajadores, siendo la percepción del conflictividad relativamente baja, cabe la duda de si “esta baja incidencia y percepción obedece a un clima laboral adecuado” o más bien “obedece a un problema para expresar y canalizar el conflicto laboral en el marco de relaciones laborales que de por sí presentan una natural tendencia al conflicto”²³⁴

Constatamos que un sector mayoritario no tiene derecho a huelga, ya sea porque la ley los excluye de la posibilidad de negociar colectivamente, o bien porque pudiendo negociar colectivamente, la ley les niega la posibilidad de ejercer la huelga. Se suma a este universo de trabajadores, aquellos que no siendo excluidos expresamente de ejercer este derecho, es en la práctica donde se encuentran privados de él.

Se incluye en esta larga lista: los trabajadores de las empresas que tienen menos de un año de antigüedad; los trabajadores subcontractados; los trabajadores de las micro empresas y de un segmento de las pequeñas empresas (aquellas que tienen menos de ocho trabajadores); los trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje, aquellos contratados por obra o faena transitoria o de temporada; trabajadores de empresas de servicios transitorios; trabajadores de casa particular; trabajadores a domicilio y trabajadores periféricos en general. En el caso de los trabajadores de

²³³ El procedimiento de tutela no tiene las características del procedimiento para la acción de protección, esto es: ser sumarísimo y concentrado.

²³⁴ ENCLA 2008, Op. Cit. p. 155

grupos de empresas o *holding*, si bien la ley reconoce su derecho a negociar a nivel de empresa, éste se encuentra notablemente menoscabado en la medida que en esta negociación disminuye el número de trabajadores, y por tanto su poder negociador.

En cuanto a los trabajadores del sector público, nuestra legislación sobrepasa el criterio establecido por la OIT para su definición, como aquellos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, dejando así a los trabajadores chilenos de este sector en la imposibilidad de ejercer legalmente la autotutela sindical. No obstante lo anterior, llama la atención cómo estos trabajadores han acrecentado su poder sindical, superando incluso al del sector privado, motivo por el cual se oyen voces que abogan por regular la negociación colectiva de los funcionarios del Estado. En todo caso, es de esperar que ello no signifique un menoscabo al poder de negociación que hoy tienen los trabajadores del sector público²³⁵; dado que actualmente su negociación se desarrolla como un símil de una negociación interempresas.

Por último, respecto a los trabajadores de servicios esenciales, los definidos como tal por la legislación nacional escapan al criterio de “servicios esenciales en el sentido estricto del término” definido por la OIT. En efecto, para la determinación de las empresas que serán consideradas –determinación que se realiza mediante un decreto administrativo- no existe procedimiento alguno, ni menos aún claridad en cuanto a los criterios utilizados en la elaboración de la extensa lista de empresas cuyos servicios serán considerados esenciales. En definitiva, se excluye de manera arbitraria a un número importante de trabajadores de ejercer un derecho fundamental. Sobre esto también se han pronunciado la Comisión de Expertos de la OIT y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, criticando la extensión y ambigüedad tanto de la normativa en general, como del decreto mismo.

La huelga sólo puede efectuarse cada dos años por un grupo determinado de trabajadores, dado que éste es el plazo mínimo que la ley establece para llevar a cabo la negociación colectiva reglada.

²³⁵ Algunos han planteado una regulación similar a la del Código del Trabajo (El Mercurio, 13 de mayo de 2008), aunque creemos que esto debilitaría la organización de este sector, parcelándola por áreas, disminuyendo su poder de negociación.

La materia objeto de huelga está limitada por cuanto ésta sólo puede realizarse para mejorar las condiciones de trabajo y remuneraciones, de acuerdo a lo establecido en el Código del Trabajo. Junto con establecer esta limitación general, el referido cuerpo legal además establece una norma prohibitiva –y por tanto, de orden público- respecto a las materias que no pueden ser objeto de negociación alguna: aquellas que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa, y aquellas ajenas a la misma. De lo anterior se sigue que en el caso hipotético en que ambas partes consintiesen en la negociación respecto a estas materias, el instrumento colectivo correspondiente adolecería de nulidad absoluta. Esta limitación de materias, constituye un atentado contra la autorregulación y determinación autónoma, como componentes esenciales de la libertad sindical.

Esta limitación implica también la exclusión de huelgas ampliamente aceptadas en el derecho comparado y reconocidas por la OIT como legítimas, tales como la huelga de solidaridad, la huelga sindical, la huelga económica-política.

Considerando las limitaciones señaladas, ya para el reducido número de trabajadores que sí pueden ejercer este derecho, éste sólo puede efectuarse en una oportunidad determinada, después de un largo y engorroso procedimiento. El procedimiento mismo para efectuar la huelga está reglamentado a tal punto que se pone en riesgo la posibilidad de hacer efectiva la huelga, en caso de no cumplirse con alguna de las formalidades previstas.

Así por ejemplo, la excesiva minuciosidad del legislador en cuanto al objeto de la votación, la formalidad del voto, así como la prohibición de realizar asambleas al interior de la empresa el día de la votación de la huelga, reflejan una intención de limitar el derecho de formular –y llevar a cabo- un programa de acción por parte de los trabajadores, facultades ambas consagradas en los convenios de la OIT ratificados por Chile.

Por otra parte se establece un “sistema de presunciones de voluntad colectiva tácita”²³⁶ respecto a la aceptación de la última oferta del empleador. Esta presunción no sólo contradice los principios del derecho del trabajo (específicamente el principio pro operario) sino que además es

²³⁶ GERNIGON, Op. Cit. p 147.

una excepción a los principios generales del derecho privado en materia de voluntad, toda vez que la regla general es que el silencio no constituye derecho. Sobre esto se han pronunciado los organismos de control de la OIT, en el sentido que no cabe presumir la aceptación de la última oferta del empleador, por el hecho de no realizarse la votación en la oportunidad indicada, de no obtenerse el quórum de mayoría absoluta y de no hacerse efectiva la huelga en la oportunidad prevista.

Además el hecho de que la ejecución de la huelga sea diferida de la votación misma, configura un sistema de doble votación que erosiona gravemente la autonomía sindical.

En cuanto al trámite de los buenos oficios en la negociación colectiva, las cifras que entregan las investigaciones de la DT, sobre resultados de las negociaciones en la mediación, las valoramos a la luz de los antecedentes entregados en el Capítulo 4 sobre prácticas antisindicales. En este sentido, pese al optimismo predominante en cuanto al éxito de los Buenos Oficios, nos parece que las investigaciones realizadas muestran una disminuida disposición de la parte empleadora para alcanzar acuerdos justos –tanto en esta instancia como en general-, además de evidenciar el también disminuido poder de negociación de la parte trabajadora.

A la luz de los antecedentes entregados en ese Capítulo, creemos que la mediación opera como una válvula de escape al conflicto laboral, entorpeciendo la ejecución de la huelga, restándole aún más eficacia a este derecho fundamental y operando a favor de la parte empleadora. Por ese motivo nos parece que el legislador debiera dar prioridad a fortalecer la organización sindical, dada la escasa fuerza que hoy día tiene, y considerando también –dentro del porcentaje de sindicalizados- el escaso poder negociador que muestra gran parte de los sindicatos en las negociaciones colectivas. Es decir, ¿por qué no elaborar una normativa que fortalezca los aspectos hoy disminuidos de la libertad sindical con el mismo entusiasmo con que se elabora normativa en busca de nuevas formas de resolución de conflictos laborales?; o en otras palabras, ¿por qué fortalecer formas “alternativas” de solución de conflicto, si ni siquiera las formas tradicionales –como la huelga-, están debidamente protegidas en relación con los parámetros mínimos internacionales? Pareciera ser que el éxito de la mediación se debe a la debilidad de la autotutela sindical, y sería interesante investigar si acaso aquella tendría tanta aplicación, de encontrarse más fortalecida ésta.

Por último, considerando que el objetivo principal de la huelga es detener la producción, el remplazo de trabajadores es la institución más lesiva de este derecho. Por este motivo se encuentra prohibida en casi todos los países de la OIT. En Chile, en cambio, ninguna de las reformas legales en materia de negociación colectiva ha contemplado limitaciones realmente significativas a esta prerrogativa patronal, ni menos aún su eliminación, haciendo vista gorda a los reiterados llamados de atención por parte de los organismos de control de la OIT al Estado de Chile. En cuanto a las limitaciones que se ha hecho a esta institución por la vía del bono de remplazo, nos parece que este “encarecimiento de los reemplazantes” es, a todas luces, una limitación simbólica.

Sobre esta materia la postura de parte de las autoridades, en general ha sido pro empresarial. Refleja esta tendencia la interpretación de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, al aceptar el remplazo de trabajadores cuando se trate de trabajadores de la misma empresa, por cuanto no se recurriría a la contratación de nuevos trabajadores para estos efectos, sino a una sustitución de funciones. La interpretación de la Dirección del Trabajo ha sido en sentido contrario. Como ha dejado de manifiesto el Informe Anual de Derechos Humanos del año 2009, de la Universidad Diego Portales, incluso la misma administración pública ha avalado a esta institución, durante la huelga de Express –empresa privada operadora del Transantiago- realizada a principios de ese año.²³⁷

Además del remplazo de trabajadores en huelga, otra institución reflejo del modelo chileno “de libertad sindical imperfecta”²³⁸, es el Cierre Patronal. ¿En qué medida esta facultad afecta el ejercicio del derecho a huelga y la libertad sindical? El cierre patronal es la respuesta más frontal al derecho a huelga, y una de las más lesivas de éste, en la medida que de esta forma se evita el principal objeto de la huelga y su principal consecuencia: la afección a la producción de la empresa. En el derecho comparado, es frecuente que el cierre patronal se encuentre prohibido, por atentar contra la esencia del derecho a huelga.

²³⁷ Informe Anual de Derechos Humanos 2009, Universidad Diego Portales, p 424

²³⁸ TAPIA, F. Op. Cit. p. 185

Pese a todo lo señalado respecto a la vulneración del derecho a la huelga, no hay indicios de que exista interés por parte de los actores involucrados, de cambiar esta situación. En efecto, ninguno de los discursos de 21 de mayo se ha pronunciado sobre estas materias. En las oportunidades en que se ha abordado la problemática de la negociación colectiva, las propuestas en esta área sólo han quedado como anteproyectos de ley, nunca ingresados al parlamento para su tramitación. Los programas presidenciales de los principales candidatos tampoco contemplan medidas para reforzar este derecho; el programa del actual presidente de la república –Sebastián Piñera- ni siquiera emplea la palabra “huelga” en ninguno de los ítem sobre temas laborales. Sumado a lo anterior, la opinión pública es insistente en situar a la huelga en el ámbito de la criminalidad como si el ejercicio de este derecho fundamental se tratara de la comisión un delito. Ejemplo de lo anterior es la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado a los 13.000 funcionarios involucrados en la huelga de Gendarmería realizada el año 2009. Fue el propio gobierno quien presentó una querrela “contra quienes resultaren responsables”, por la infracción al artículo 11 de la ley 12.927, ante el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago²³⁹. Lo anterior es una señal grave del doble estándar con que las autoridades utilizan el concepto de democracia pues, como puede observarse en el citado Informe –tanto del año 2008, como de 2009-, las medidas represivas del gobierno socialista de la presidenta Michel Bachelet recuerdan en gran medida a las aplicadas en tiempos de dictadura militar. Precisamente esta ley no había sido aplicada desde entonces, aunque ese tema escapa a los límites este trabajo²⁴⁰. Sobre la aplicación de la ley penal al ejercicio de la huelga, se han pronunciado también los órganos de control de la OIT, como se señaló en el Capítulo 3.

La falta de regulación para amplios sectores de la fuerza laboral no ha impedido que éstos ejerzan su derecho a huelga, aunque por lo acotado de la legislación, lo han hecho al margen de la legalidad. Así ha quedado de manifiesto en los últimos años con las potentes movilizaciones de importantes sectores de trabajadores a nivel nacional –del sector público y privado-, en donde las autoridades se han visto en la necesidad de entablar o promover negociaciones. La realidad, como fuente material del Derecho, deja en evidencia que el derecho a huelga necesita urgentemente reconocimiento y amparo legal y constitucional. El Informe Anual de Derechos Humanos de 2008 y 2009 ha calificado la situación como una “proliferación de la ilegalidad” y,

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Para mayor profundización, ver Informe Anual de Derechos Humanos 2009, Op. Cit.

recordando las recomendaciones que ha hecho la OIT al Estado chileno, ha señalado que “si la ley chilena considera ilegales casi todas las manifestaciones de huelga que en el contexto comparado son legítimas, no debe sorprendernos que la mitad de ellas no cumpla con los exigentes estándares vigentes en Chile. De este modo, manifestaciones absolutamente legítimas del derecho a huelga son ilegales en Chile”²⁴¹

Todo lo anterior refleja que en Chile, y coincidiendo en este aspecto con el profesor Tapia, existe una “cultura de antisindicalidad”²⁴², en donde los derechos sindicales son negados por el propio derecho.

De acuerdo a lo analizado a lo largo de esta memoria, a la luz del principio de la libertad sindical y acogiendo los múltiples llamados de atención por parte de los organismos de control de la OIT y de otras entidades de derecho internacional, es que consideramos necesario hacer una profunda revisión a nuestra legislación laboral, con la finalidad de que en primer lugar, se reconozca el derecho fundamental a la huelga, y conjuntamente con ello, sea garantizado y promovido por el Estado chileno. Para ello, proponemos algunas reformas necesarias:

1. Consagrar constitucionalmente, dentro del catálogo de derechos fundamentales contemplado en el artículo 19, el derecho a huelga, y otorgarle la correspondiente protección constitucional.
2. En cuanto a la titularidad del derecho a huelga:
 - a) revisar la actual exclusión de ejercer la negociación colectiva a los trabajadores de empresas que tengan menos de un año de actividad, y aquellas en las que tenga participación el Estado;
 - b) eliminar la exclusión de ejercer el derecho a huelga de los trabajadores aprendices, y de los trabajadores por obra o faena transitoria o de temporada;
 - c) excluir únicamente a los trabajadores que presten servicios esenciales en sentido estricto del término. Para ello se debería establecer un procedimiento imparcial, de acuerdo a las reglas y principios de un debido proceso, mediante el cual se

²⁴¹ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. Ed. Diego Portales. P. 428

²⁴² TAPIA, F. Op. Cit. p 179

determinara cuáles son específicamente los servicios esenciales en sentido estricto del término;

- d) reconocer el derecho a huelga a los trabajadores del sector público en su estatuto jurídico correspondiente, con excepción únicamente en el caso de aquellos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, en conformidad con los Principios de la OIT sobre el Derecho a Huelga.

3. En cuanto al ámbito de aplicación y finalidades de la huelga:

- a) modificar el actual modelo ultra restrictivo contractualista de huelga –en el que se contempla únicamente como dentro de un etapa del procedimiento de negociación colectiva reglada-, y ampliar los supuestos en los que puede hacerse uso de este derecho, ya sea estableciendo un modelo polivalente amplio, o un modelo polivalente restringido de huelga. En todo caso, considerar la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, y como lo indican el CLS²⁴³ y la CEACR²⁴⁴, además, reconocer como legales las huelgas de reivindicación política-económica, las de solidaridad, y las defensivas de cumplimiento del instrumento colectivo.

4. En cuanto al procedimiento:

- a) Simplificarlo de manera que no sea un obstáculo para ejercer libremente este derecho.
- b) eliminar las presunciones de voluntad colectiva tácita de aceptación de última oferta si la votación no se realiza en la oportunidad preestablecida, si no se reúne el quórum necesario para aprobar la huelga, y si no se hace efectiva la huelga en la oportunidad prefijada.

5. En cuanto al reemplazo de trabajadores en huelga, prohibirlo como regla general, y permitirlo únicamente en dos supuestos, de acuerdo a los criterios sostenidos por el Comité de Libertad Sindical: a) cuando se trate de algún servicio esencial en el que la legislación prohíbe la huelga, y b) cuando se crea una situación de crisis nacional aguda

²⁴³ Comité de Libertad Sindical

²⁴⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

6. Por último, en cuanto al delito de huelga contemplado en el artículo 8 de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado, es imprescindible la derogación de esta disposición, que menoscaba gravemente la libertad sindical.

BIBLIOGRAFÍA

ARAVENA, Antonio, y NUÑEZ, Daniel. El renacer de la huelga obrera en Chile. Edición Ocho Libros, 2009.

ARMSTRONG, Alberto, ÁGUILA Rafael. Las huelgas en empresas del sector privado en Chile: 1979 – 1999. [en línea] Revista ABANTE, Vol. 3, N° 2 <<http://www.eauc.cl/publicaciones/wp-content/uploads/2008/03/2-armstrong-aguila.pdf>> [consulta: 12 enero 2010]

ARROYO, Leonor “et al”, Mediación Laboral: antecedentes y reflexiones acerca de una experiencia innovadora. Aportes al debate laboral N° 2. Santiago, 2003. Departamento de Relaciones Laborales, Dirección del Trabajo.

ARROYO, Leonor. Avances y Perspectivas de la Mediación Laboral en la Dirección del Trabajo. [en línea] División de Estudios. Dirección del Trabajo <www.dt.gob.cl/1601/articles-73771_recurso_1.doc> [consulta: 23 marzo 2010]

Boletín Oficial Dirección de Trabajo. Agosto 2009. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-96869_recurso_1.pdf>

CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis. Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Santiago de Chile, Legalpublishing, 2008.

Encuesta Nacional de Condiciones Laborales ENCLA 2008. División de Estudios, Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile.

GAMONAL, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2002.

GAMONAL, Sergio. Fundamentos del Derecho Laboral. 2ª ed. Santiago de Chile, Legalpublishing, 2009.

GERNIGON, Bernard, ODERO Alberto, GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. [en línea] Revista Internacional del Trabajo, vol 119, núm 1, 200 <<http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/germigon.pdf>> [consulta: 12 enero 2010]

HENRÍQUEZ Helia, RIQUELME, Verónica. Lejos del trabajo decente: el empleo desprotegido en Chile. Cuaderno de Investigación N° 30, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE, 2008. Santiago de Chile. Universidad Diego Portales, 2008.

LOPEZ, Diego. Negociación Colectiva Reglada y mediación administrativa: ¿prevención de la huelga o promoción de negociación efectiva? Aportes al Debate N° 20, 2009. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009.

Libertad y Desarrollo. Los beneficios de mantener el reemplazo en la huelga. Libertad y Desarrollo (182): 2-5, enero 2008.

Libertad y Desarrollo. Reformas Laborales, ¿por qué no? [en línea] Libertad y Desarrollo en Internet. Diciembre de 2003. <<http://www.lyd.com/biblioteca/temas/365.html>> [consulta: 10 febrero 2010]

MACCHIAVELLO, Guido. Derecho Colectivo del Trabajo: teoría y análisis de sus normas. Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 1989.

MELIS, Christian. Inspección del Trabajo, Antecedentes y Desarrollo. Separata Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1999.

Negociación Colectiva en Chile: la debilidad de un derecho imprescindible. División de Estudios, Dirección del Trabajo, 2009.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo e Ideología. 2° edición. Madrid, España. Ed. Akal Universitaria, 1984.

SALINEROS, Jorge. “La destrucción del Sindicato: Intolerancia a un derecho fundamental” [en línea] Serie Cuadernos de Investigación N° 20. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. 2004 p. 82 <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-85348_recurso_1.pdf>

SALINEROS, Jorge. Veinte años de afiliación sindical y negociación colectiva en Chile: problemas y desafíos. Cuaderno de Investigación N° 29, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, 2006.

SALINERO, Jorge. Espacios sociales en interdicción. Hacia una tipología de las prácticas desleales o antisindicales. [en Línea] Temas Laborales N° 26. 2009, Dirección del Trabajo <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-97427_recurso_1.pdf> [consulta: 15 de marzo 2010]

TAPIA, Francisco. Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo. 2ª ed. Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007.

THAYER, William y NOVOA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. 2º edición. Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 2000.

UGARTE, José Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007.

UGARTE, José Luis. La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro. [en línea] Revista de Derecho, Vol XX, N° 2, Diciembre 2007, p. 62, <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v20n2/art03.pdf>> [consulta: 17 de marzo de 2010]

VARAS, M, Libertad Sindical y Negociación Colectiva en Chile: un diagnóstico de la Ley N° 19.759. [en línea] Boletín Oficial. Dirección del Trabajo, 2003 <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-63560_recurso_1.pdf> [consulta: 18 de febrero 2010]

WALKER, Francisco. La legislación laboral de los Estados Unidos de Norteamérica y Chile. Un análisis comparado. Santiago de Chile. Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

Leyes

- Ley N° 19.759. Chile. 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. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Santiago, Chile. 5 octubre 2001.
- Resolución 61 que califica empresas o establecimientos que se encuentran en alguna de las situaciones previstas por el artículo 384 del Código del Trabajo. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 28 julio 2009.
- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile. 17 noviembre 2001.

- Ley Orgánica Constitucional de de municipalidades. Ministerio del Interior. Santiago, Chile. 27 diciembre 2001.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General Naciones Unidas. 10 diciembre 1948.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia. : 2 de mayo de 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 22 noviembre 1969.
- Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de Sindicación. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. San Francisco, Estados Unidos. 9 julio 1948.
- Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra. Suiza. 1° julio 1949.
- Convenio 154 sobre fomento de la negociación colectiva. Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. 19 junio 1981.
- Constitución Política de la República. CHILE. 1980.
- Constitución de la República Italiana. ITALIA. 27 diciembre 1947.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay. URUGUAY. 1967.
- Constitución de la Nación Argentina. ARGENTINA. 22 agosto 1994.
- Constitución de la República Federativa de Brasil. BRASIL. 1988.
- Constitución Española. ESPAÑA. 1978.
- Ley Federal del Trabajo. MÉXICO. 1° abril 1970.

Prensa

- Empleados Públicos: Chile tiene el Estado más chico de América Latina, pero el más rígido. El Mercurio, Santiago, Chile, 13 de mayo de 2008.

Prensa electrónica

- La Primera Huelga General de América Latina: Chile, 1890 [en línea]. El Rodriguista, Buenos Aires, 1987. <http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/vitalel/3lvc/03lvcmovsoc0008.pdf> [consulta: 16 de enero 2009].
- Vuelve a aumentar el número de huelgas legales durante 2009 e involucra a más trabajadores. [en línea]. Minería Chilena. 16 de febrero de 2010. <http://www.mch.cl/noticias/imprimir_noticia_neo.php?id=22959> [consulta: 25 febrero 2010]

Sitios World Wide Web

- Instituto Nacional de Estadísticas. [en línea] <http://www.ine.cl/cd2002/sintesisiscensal.pdf> [consulta: 15 de febrero de 2010].
- <http://www.sofofa.cl/pymes/pymes.htm>
- www.dt.gob.cl
- www.efrei.cl
- PROGRAMA DE GOBIERNO, campaña Presidencial Marco Enríquez Ominami. [en línea] <<http://www.scribd.com/doc/23239688/Programa-de-Gobierno-Marco-Enriquez-Ominami>> [consulta: 29 de marzo 2010]

- <http://www.Marco2010.cl>
- <http://www.gobiernodechile.cl>
- PROGRAMA DE GOBIERNO, candidato presidencial Jorge Arrate. [en línea] <http://arrate2009.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=289&Itemid=29&limit=1&showall=1> [consulta: 28 marzo 2010]
- PROGRAMA DE GOBIERNO, candidato presidencial Sebastián Piñera. [en línea] <<http://pinera2010.cl/programa-de-gobierno/empleo/2/>> [consulta: 25 marzo 2010]
- PROGRAMA DE GOBIERNO, Sebastián Piñera [en línea] <<http://pinera2010.cl/75-compromisos/>> [consulta: 20 marzo 2010]
- PROYECTO PARA FORTALECER la negociación colectiva ingresara al Parlamento antes del 21 de mayo. Radio Cooperativa Online, 25 de febrero de 2009. [en línea] <http://www.cooperativa.cl/proyecto-para-fortalecer-la-negociacion-colectiva-ingresara-al-parlamento-antes-del-21-de-mayo/prontus_notas/2009-02-25/162945.html> [consulta: 29 marzo 2010]
- La Nación en línea:
 - <http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090422/pags/20090422215530.html> [consulta: 7 enero 2010]
 - <http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090319/pags/20090319215342.html> [consulta: 1 abril 2010]
 - <<http://www.lanacion.cl/anef-comienza-hoy-paro-nacional-y-pedira-intervencion-del-congreso-por-reajuste/noticias/2009-11-02/223249.html>> [consulta: 20 febrero 2010]
 - <http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20090319/pags/20090319215342.html> [consulta: 1 abril 2010]
- Diario El Ciudadano. Paro de Gendarmería con toma de cárcel El Manzano en Concepción. El Ciudadano en Internet. 1 de julio, 2009. <<http://www.elciudadano.cl/2009/07/01/parte-paro-de-gendarmeria-con-toma-de-carcel-el-manzano-en-concepcion/>> [consulta: 20 febrero 2010]

- Gobierno aplicará Ley de Seguridad del Estado en conflicto con gendarmería. Emol en Internet. 19 de mayo de 2009 <<http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=358836>> [consulta: 20 febrero 2010]
- Artículo de Diario Estrategia. SOFOFA Y CUT Rechazan Proyecto de Negociación Colectiva. [en línea]. Diario Estrategia On Line, 27 de abril de 2009 <http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=22735> [consulta: 3 abril 2010]
- Artículo Diario On Line El Mostrador. ASI ES EL PROYECTO de negociación colectiva que La Moneda guarda en el cajón. [en línea]. Fenepruss, 11 de marzo de 2009. <http://www.fenpruss.cl/fenpruss/publico/05_0000001627.htm> [consulta: 2 abril 2010]
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL Trabajo y Equidad. Descripción. [en línea] <<http://www.trabajoyequidad.cl/view/viewArticulos.asp?idArticulo=107>> [consulta: 12 marzo 2010]
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL TRABAJO Y EQUIDAD. Informe Final 2008. Hacia un Chile más justo: trabajo, salario, competitividad y equidad social. [en línea] <http://www.oei.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf> [consulta: 5 febrero 2010]

Jurisprudencia

- Corte Suprema, Rol N° 7.244. 30 agosto 1988.
- República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 1303/64 03.2004, N° 1197/61 04.2002, N° 3403/059 07.2006.
- República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 3709/188 06.1995. N° 1360/073 03.2004.
- República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 3709/188 06.1995. N° 612/040 01.1998. N° 3729/276 09.2000. N° 2098/034 05.2006.
- República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 2631/201, 06.2000.
- República de Chile. Dirección del Trabajo. Dictamen Ordinario n° 5408/250 12.2003.

