



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO · ESCUELA DE DERECHO



LOS SERVICIOS MÍNIMOS COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA.

Memorista: Andrés Ahumada Salvo.

Profesor Guía: Dr. Eduardo Caamaño Rojo.

Valparaíso, Agosto de 2016.

“(..). En realidad el Derecho no tenía nada que hacer en un caso como este desde sus comienzos. En efecto, estas prácticas abusivas por parte de un empleador no han de ser contenidas desde la judicatura. No hay acción procesal que pueda poner a salvo la libertad sindical en una situación como la de marras. La respuesta al problema de fondo es política. El sindicato pequeño en un sistema como el chileno está destinado al fracaso. Con una negociación colectiva limitada y excesivamente reglamentada, con un derecho de huelga prácticamente inexistente, la oferta de participación democrática que se les hace a los trabajadores de un sindicato como el que ha sido desarticulado por la denunciada, y con excesiva facilidad, es un canto de sirenas que se recibe con entusiasmo cuando se formula, pero que sólo puede llevar al naufragio de las esperanzas que estos trabajadores tenían en orden a ser considerados como partes legítimas del diálogo social que tanto nos gusta como sociedad sacar a colación, pero que lamentablemente estamos lejos de hacer realidad.

Así las cosas, un caso como el que analizamos demuestra palmariamente la necesidad de reformular nuestro sistema de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, ajustándonos a los parámetros del Derecho Internacional y partiendo por cumplir los principios que la OIT y el Comité de Libertad Sindical han reiterado en numerosas oportunidades(..)”

RIT T-20-2012

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE LA SERENA

Jueza Titular doña Nancy Aurora Bluck Bahamondes al resolver en favor de un sindicato por prácticas antisindicales del empleador cuando este sindicato ya había desaparecido.

INTRODUCCIÓN.¹

El 2014 existía una población estimada de 17.819.054 habitantes² y un 44,9% de dicha población constituía la fuerza de trabajo. Por otro lado, los 8.013.712 trabajadores en nuestro país (44,9%) deberían estar afiliados a uno de los 11.162 sindicatos activos en el 2014. No obstante, solo en el 8,9% del total de pequeñas, medianas y grandes empresas existe un sindicato activo³ y la población afiliada a un sindicato es de 985.770 personas, equivalente a un 12,3% de la población activa⁴.

La información se vuelve más desalentadora cuando uno analiza la cantidad de trabajadores involucrados en un instrumento colectivo que iniciaba su vigencia dicho año, solo 327.412 trabajadores se vieron involucrados en un contrato o convenio colectivo producto de las negociaciones de su sindicato o su grupo negociador, es decir, solo el 4% de las fuerzas trabajadoras nacionales⁵.

En base a estos datos, podemos señalar que la realidad chilena en materia de sindicalización no es alentadora y la negociación colectiva no es ejercida por los trabajadores. Por otro lado, si analizamos los datos relativos a la huelga, podemos comprobar que estos son paupérrimos. En Chile, durante el 2014, solo se realizaron 367 huelgas⁶ y de ellas solo el 36,6% fueron realizadas durante la negociación colectiva⁷ (con las garantías y derechos que permite el ejercicio de una huelga dentro de una negociación colectiva reglada).

Para efectos de clarificar estos datos, imaginemos que Chile es una sala de clases con 100 alumnos. En dicha sala, solo seis alumnos estarían ejerciendo el derecho fundamental de sindicalización, solo dos alumnos estarían ejerciendo el derecho fundamental de negociación colectiva y, ni siquiera un alumno ejercería el derecho fundamental de huelga.

Este adverso panorama genera un manto de sospechas acerca de la vigencia de la Constitución Política de la República y los tratados internacionales en materia de derecho colectivo del trabajo y, además, implican una merma en las condiciones laborales y sociales de la clase trabajadora⁸.

¹ Somos conscientes de la importancia de la igualdad de género en el uso del lenguaje. Sin embargo, para evitar dificultades en la redacción y lectura de la presente memoria hemos decidido utilizar el género masculino para referirnos al ser humano, sea este hombre, mujer o transgénero.

² La información se extrae de la página oficial del Instituto Nacional de Estadística. http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/familias/demograficas_vitales.php

³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ENCLA 2014 Resumen Ejecutivo, Santiago de Chile, 2015, p.29.

⁴ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, Compendio de Series Estadísticas 1990-2014, Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, 2014. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22777.html>

⁵ Compendio de Series Estadísticas 1990-2014, Dirección del Trabajo, 2014, Santiago de Chile. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-propertyvalue-22777.html>

⁶ MENDEL, Rodrigo, Informe Anual de Huelgas Laborales en Chile año 2014, Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social, Santiago de Chile, 2015.

⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO, ENCLA 2014 Resumen Ejecutivo, ob. cit., p.36.

⁸ Podemos afirmar que la existencia de una libertad sindical limitada y poco ejercida es una merma para las condiciones laborales de la clase trabajadora, ya que el reajuste real promedio de los convenios colectivos en los

La solución a esta realidad viene dada por el fortalecimiento estatal y político social de las instituciones del Derecho Colectivo del Trabajo con especial énfasis en la huelga, ya que “en el caso de contextos jurídicos como el latinoamericano- y en especial el chileno- la huelga hace las veces de eje estructural de una concepción del Derecho del Trabajo que aquí hemos llamado robusta. En efecto, en contextos laborales de debilidad sindical la huelga juega un rol constitutivo: otorga el poder del que los trabajadores y sus organizaciones originariamente carecen.”⁹

Es por esto que la presente memoria buscará exponer los elementos jurídicos necesarios para comprender la huelga y su naturaleza. Una vez entendida la huelga como derecho fundamental, procederemos a analizar que condiciones debe tener la regulación de un derecho de este tipo. Este análisis se hará según los criterios entregados por los organismos internacionales, principalmente la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la dogmática constitucional y el Tribunal Constitucional.

Una vez realizado este análisis, podremos concluir como nuestro ordenamiento jurídico no cumple los estándares o condiciones que se exigen para regular un derecho fundamental y demostraremos como los servicios mínimos son la solución que el derecho internacional y comparado ha establecido para limitar la huelga sin afectarla en su esencia.

Habiendo demostrado el incumplimiento de las condiciones necesarias para regular el derecho fundamental de huelga, profundizaremos en el estudio de los servicios mínimos como un límite válido de la misma. Además, analizaremos los supuestos en que procede, quienes deben ser llamados a fijarlos, cual es la motivación que debe estar presente al momento de fijarlos y el rol que cumplen los tribunales de justicia ante posibles conflictos de los mismos. Este estudio nos permitirá analizar de forma crítica el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico, por medio del poder judicial y legislativo, le ha otorgado a los servicios mínimos y si este cumple los estándares que el derecho internacional y la doctrina establecen para este tipo de límites.

Al terminar este ensayo podremos determinar cuan efectivo ha sido el tratamiento jurídico de los servicios mínimos para mejorar la realidad sindical chilena.

1. DERECHO A HUELGA. ELEMENTO ESENCIAL DEL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO.

En la introducción hemos planteado que existen tres derechos fundamentales que están siendo escasamente ejercidos en nuestro país, nos referimos al derecho de sindicalización, de negociación colectiva y de huelga.

últimos 10 años es menor al 1%, lo que refleja que estamos ante un sistema que priva de una capacidad real al trabajador para mejorar sus condiciones laborales. Véase DURÁN SANHUEZA, Gonzalo, “*Panorama sindical de la Negociación Colectiva en el Chile de los US\$22.655*”, Revista de Derecho y Seguridad Social, Volumen 3, 2013, pp. 85, 96.

⁹ UGARTE CATALDO, José Luis; Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2014, pp. 96, 97.

Estos tres derechos constituyen los vértices fundamentales del derecho colectivo del trabajo. Recordemos “de que el sindicato, la negociación colectiva y la huelga son los tres pilares *indispensables e interdependientes* sobre los que se basa todo el derecho colectivo del trabajo, al extremo de que la ausencia de cualquiera de ellos impide el funcionamiento de éste.”¹⁰ Además, son los elementos esenciales de la libertad sindical, entendida 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 tendentes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga”¹¹.

Recordemos que la libertad sindical está consagrada en tratados internacionales ratificados por Chile y en la Constitución Política de la República¹², por ende, la ausencia de cualquiera de estos tres elementos (sindicatos, negociación colectiva y huelga) constituye una infracción de la normativa internacional y de la carta fundamental.

1.1 LA HUELGA: SU CONSAGRACIÓN COMO UN DERECHO ESENCIAL DE LA NATURALEZA HUMANA.

En relación a los tres elementos propios de la libertad sindical, consideramos que nuestro estudio debe enfocarse en la huelga. En primer lugar, porque si uno analiza los datos entregados en la introducción, la huelga se encuentra en una peor situación en relación a los otros derechos. En segundo lugar, porque los contextos de derechos colectivos débiles requieren de un perfeccionamiento de la huelga por sobre la negociación colectiva y el derecho de sindicalización. Por último, en atención a la naturaleza propia del derecho del trabajo que reconoce y ampara la existencia de dependencia y subordinación entre trabajador y empleador, pero permite y fomenta la autonomía colectiva, es decir, normas colectivas pactadas entre trabajadores y empleadores ¿Cómo podemos compatibilizar la desigualdad con la capacidad para regularse a sí mismos? ¿Cómo podemos evitar caer en un sistema de esclavitud o una regulación absolutamente beneficiosa para el empleador? La respuesta a esta pregunta viene dada por la legitimación de una autotutela colectiva¹³ que es permitida y fomentada por el ordenamiento jurídico y cuya principal herramienta es la huelga.

En virtud de las razones recién señaladas, el presente acápite buscará profundizar en los contenidos y elementos propios de la huelga. Esto nos permitirá determinar la naturaleza

¹⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar, Sindicatos en Libertad Sindical, 2º edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p.46.

¹¹ VARAS CASTILLO, Mario, Libertad Sindical y Negociación Colectiva en Chile: un diagnóstico de la ley N°19.759, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, agosto 2003, p. 3 y ss.

¹² Convenio N°87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización y el Convenio N°98 sobre la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Además, la Constitución Política de la República consagra la libertad sindical en los artículos 19N°16 y 19 N°19.

¹³ Por autotutela colectiva entenderemos: “La acción de los propios trabajadores tendiente a la protección de sus derechos e intereses, sea para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes, sea para obtener un progreso en el nivel de protección actual”. ERMIDA URIARTE, Oscar, Apuntes sobre la Huelga, 3º edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, p. 9.

jurídica de este derecho y así saber cuales son los estándares que se exigen a su regulación. Una vez demostrado el incumplimiento de dichos estándares podremos enfocarnos en el estudio de los servicios mínimos.

Estamos conscientes de que la huelga es una institución compleja y, por lo tanto, es natural verse tentado a definirla para facilitar su estudio. Sin embargo, definir que es huelga limita una institución que se va adaptando a medida que evoluciona la realidad laboral, por lo tanto, hemos decidido no crear una definición, ni plasmar definiciones creadas por otros autores. De todas formas, consideramos que ERMIDA entrega pistas que permiten saber cuando estamos en presencia de una huelga desde una perspectiva fáctica: a) que exista una omisión, interrupción o alteración del trabajo; b) que dicha omisión, interrupción o alteración es la externalización de una voluntad de reclamo y, por último, c) que la huelga debe tener necesariamente un carácter colectivo¹⁴.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, la huelga tiene reconocimiento como derecho fundamental en el derecho internacional, en el derecho comparado y en la constitución chilena.

Respecto de la consagración internacional, existe un reconocimiento expreso de la huelga en el artículo 8 número 1 letra d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁵, pacto que fue ratificado por Chile el 16 de septiembre de 1969.

A su vez, existe un reconocimiento implícito de la huelga en el artículo 3 del Convenio N° 87 de la OIT, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ratificado por Chile el 01 de febrero de 1999, que señala:

“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.”

En base a este artículo se ha interpretado que el reconocimiento de la huelga no solo está expresamente consagrado en cuerpos normativos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sino que también en el Convenio N°87, cuya fuente orgánica es la OIT, ya que dispone la autonomía de las organizaciones de trabajadores para desarrollar un programa de

¹⁴ Ídem, pp. 31 a 35.

¹⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene tres derechos humanos de segunda generación que deben ser garantizados y respetados de inmediato por los Estados partes, esto debido a que no se requieren condiciones previas para garantizar su ejercicio, estos derechos humanos son la sindicación, la huelga y la libertad de educación. Véase GAMONAL CONTRERAS, Sergio, Derecho Colectivo del Trabajo, LegalPublishing, 2° edición, Santiago de Chile, 2011, p. 64.

acción, es por esto que el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “el derecho de huelga y el derecho a organizar reuniones sindicales son elementos esenciales del derecho sindical”¹⁶.

Fortalece el argumento de la consagración implícita el análisis de la competencia que tiene el Comité de Libertad Sindical. Este comité fue creado el año 1951 “con el objeto de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical”¹⁷, no obstante, “el CFA¹⁸, cuya competencia es restringida a problemáticas exclusivas de la libertad sindical, acepta que las alegaciones relacionadas con el derecho a huelga no estén fuera de su competencia, en la medida que se refieren al ejercicio de derechos propios de las organizaciones sindicales (...)”¹⁹, es por esto, que existen múltiples pronunciamientos sobre la huelga por parte de este comité, ya que existe una consagración implícita del derecho a huelga en el Convenio N° 87.

Por otro lado, la consagración constitucional está expresada en el artículo 19 numeral 16, que señala:

“La Constitución asegura a todas las personas:

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 causa 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.”

Respecto a este artículo, la doctrina ha debatido sobre la efectiva existencia del derecho a huelga como un derecho fundamental consagrado en nuestra constitución. GAMONAL propone una acertada sistematización de esta discusión. En primer lugar, existiría una tesis restrictiva que plantea que la constitución no contempla el derecho fundamental de huelga y esta norma indicaría la intención de comprimir el ejercicio de este derecho legal. En segundo lugar, está la tesis del derecho implícito que defiende la consagración del derecho fundamental de huelga, ya que el artículo en cuestión señala los supuestos prohibidos del ejercicio de la huelga, por lo tanto, en una interpretación a contrario sensu, en todos los casos que no han sido mencionados en el artículo 19 número 16 inciso final se entiende como un derecho que está consagrada en la carta fundamental. Otra opción es la tesis del bloque de

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Quinta Edición, Ginebra, 2006, párrafo 131.

¹⁷Véase: <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang-es/index.htm>

¹⁸ Comité de Libertad Sindical en sus siglas en inglés.

¹⁹ BEN-ISRAEL, Ruth, International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike, Kluwer Law and Taxation Publisher, Massachusetts, 1988, p. 64. La traducción es del autor.

constitucionalidad que atiende al artículo 5 inciso 2 del respectivo cuerpo normativo²⁰ y que introduciría la noción del bloque de constitucionalidad en nuestro sistema jurídico, esto implicaría que los derechos consagrados en tratados internacionales amplían el catálogo de derechos consagrados en el artículo 19, por ejemplo, el derecho a huelga consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por último, se plantea la tesis dogmática, que atiende al artículo 19 número 19, artículo que consagra la libertad sindical y, por lo tanto, sus tres elementos (organización, negociación y huelga)^{21, 22}.

Sin embargo, ya no se puede negar que la huelga es un derecho fundamental, ya que no solo hay una consagración clara en el derecho internacional, sino que además, el 04 de diciembre del 2014 la Corte Suprema en fallo rol 3.514-2014, caratulado “Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A.” reconoce la existencia del Derecho Fundamental de huelga y se inclina por la tesis del derecho implícito²³. Desde este momento, aun cuando existen algunos fallos anteriores, podemos afirmar que la huelga es entendida como derecho fundamental tanto por la doctrina, la normativa internacional, la carta fundamental y por la judicatura.

2. LIMITES A LAS LIMITACIONES DE LA HUELGA. UNA TAREA PENDIENTE.

²⁰ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

²¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “El derecho de huelga en la Constitución chilena” en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 20, número 1, 2013, pp. 105 a 127.

²² La ambigüedad en la consagración de este derecho se debe al trasfondo ideológico neoliberal presente en la regulación de la normativa laboral en materia sindical. José Piñera, artífice del modelo de derecho colectivo del trabajo imperante en Chile, entendía a la huelga como un factor alterador e indeseable de las relaciones laborales dentro del marco de una economía neoliberal. A modo de ejemplo, el propio José Piñera estimaba que un atributo de como había regulado la huelga era que “la empresa podía seguir funcionando” (Véase PIÑERA ECHENIQUE, José, La revolución laboral en Chile, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 1992, p.52), lo que demuestra un alcance mínimo de una huelga que pierde su función esencial, consistente en detener el proceso productivo de la empresa.

A pesar de que no responde al objetivo de este ensayo, podemos concluir que la consagración ambigua de la huelga en Chile responde a “un régimen dictatorial que tuvo como objetivo prioritario el establecimiento (con muchísimo éxito) en nuestro país de un sistema económico capitalista total y absolutamente liberal, en el cual, no sólo la huelga, sino también la asociación sindical y la negociación colectiva serán considerados elementos negativos o distorsionados del sistema”. PALACIOS PÉREZ, Orompello, “La huelga y su tratamiento por los tres poderes del Estado” en Revista de la sociedad chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, número 11, 2015, p. 30.

²³ En el considerando número 23 del respectivo fallo se indica: “Lo segundo es que debe dejarse en claro que la circunstancia de no existir en la carta fundamental una disposición explícitamente consagradoria del derecho a la huelga no quiere decir, como también se adelantó, que ella no garantice ese derecho, por cuanto el vedarlo de la manera que lo hace en el acápite 16° de su artículo 19 únicamente respecto de sectores o entes determinados, obviamente consagra un excepción que conlleva la regla general permisiva.

Así, el prisma semántico conduce, forzosamente, por la vía de a contrario sensu, a aseverar que el derecho ha quedado de esa manera implícito en el catálogo protector”

Para profundizar sobre la tesis del derecho implícito recomendamos ERMIDA URIARTE, Oscar, Apuntes sobre la Huelga, ob. cit., 2012, pp. 145-147 y CAAMAÑO ROJO, Eduardo; UGARTE CATALDO, José Luis, Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 78-97.

En el desarrollo de este ensayo, hemos explicado la importancia de la huelga, sus elementos y su naturaleza jurídica, es decir, podemos concluir que la huelga es un derecho fundamental consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales y por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

A continuación, estudiaremos un aspecto que incide en la plena vigencia del derecho fundamental, nos referimos a la afectación del derecho a huelga. Recordemos que la afectación de un derecho fundamental comprende tanto “la afectación amparada por el ordenamiento jurídico, como aquéllas que no se conforman a derecho (...)”²⁴. Para efectos de este ensayo se estudiarán aquellas afectaciones que están amparadas por el ordenamiento jurídico, ya que las que no lo están son simples lesiones a un derecho fundamental y no son objeto de la presente memoria.

Dentro de las afectaciones amparadas por el ordenamiento jurídico resulta interesante la comprendida en el artículo 19 número 26 de la Constitución, referida a la afectación de derechos fundamentales producto de la regulación, complementación y limitación de los mismos. La pregunta que intentaremos contestar se refiere a ¿cuándo la regulación, complementación o limitación del derecho fundamental a huelga constituye una afectación no acorde a la de un derecho fundamental? Y la respuesta se encuentra, principalmente, en el estudio que la dogmática constitucionalista ha hecho de los límites a los límites, es decir, “las barreras que se reconocen en general a la actividad del Estado, y una vez hecha una reserva a favor del legislador, específicamente a la de éste, para delimitar o regular el ejercicio de los derechos.”²⁵

Este estudio nos demostrará que el Estado chileno traspasa los límites establecidos para regular el derecho fundamental de huelga, con las consecuencias negativas que ello conlleva. Esta premisa nos permitirá estudiar el mecanismo de los servicios mínimos como una solución que el derecho internacional y comparado ha establecido para regular la huelga respetando los estándares o condiciones que a continuación profundizaremos.

2.1 AFECTACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL. LA REGULACIÓN QUE EXTINGUE AL DERECHO.

“El mero hecho de reglamentar un instituto de este tipo [la huelga] implicaría, de alguna manera, limitarlo.”²⁶ Ahora bien, esta reglamentación, al limitar a un derecho fundamental, debe estar sujeta a ciertas condiciones de carácter competencial, internacional, material y lógico. Para efectos de este trabajo nos enfocaremos en las tres últimas condiciones, es decir, la internacional, la material y la lógica, lo que nos permitirá demostrar como el Estado al

²⁴ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Derechos Fundamentales”, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2008, p.226.

²⁵ Ídem, p. 256.

²⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar, “Apuntes sobre la Huelga”, ob. cit., p. 24.

momento de regular la huelga está infringiendo este derecho fundamental. De esta forma, podremos comprobar como los servicios mínimos son la solución frente a esta problemática.

Respecto de la condición de carácter internacional, esta se refiere a que “el derecho internacional restringe a la potestad normativa de los órganos nacionales, al menos en cuatro sentidos: el derecho nacional no podrá limitar un derecho cuya restricción esté prohibida en el derecho internacional, ni tampoco en casos o hipótesis diferentes, o en una medida mayor, o de un modo distinto al establecido en el derecho internacional”²⁷ y esta condición tiene su fundamento en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República.

En relación a la condición de carácter material esta nace vinculada a las teorías de las garantías de instituto y plantean un respeto del contenido esencial del derecho fundamental. Podemos encontrar una consagración positiva en el artículo 19 número 26 de nuestra constitución.

Por último, la limitación debe responder a una condición de carácter lógico, es decir, deben ser justificadas (deben tener una causa o motivo jurídico concreto, susceptible de ser comprendido y, por lo mismo, de ser revisado) y deben ser proporcionales (el daño o deterioro que se produzca al ejercicio del derecho sea el mínimo en consideración al fin buscado).²⁸ Esta condición está consagrada en el artículo 1 inciso IV, 19 número 2 y en el artículo 20 de la carta fundamental, además, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en fallos rol N° 519, 541, 546 y 790.

Hemos enunciado las condiciones que la dogmática constitucionalista ha planteado para efectos de limitar un derecho fundamental, por medio de su regulación. “Creemos que en todos aquellos casos en los que la institucionalidad jurídico-política de un país, impone o tolera la imposición de una determinada restricción que no cumpla las condiciones recién planteadas, lo que hace es alejarse del marco jurídico, apartando su conducta de toda legitimidad, y desconociendo el principio de servicialidad del Estado y sus órganos.”²⁹ En el siguiente apartado profundizaremos en dichas condiciones y demostraremos como el Estado chileno las incumple. A su vez, nos referiremos a como el derecho internacional y comparado establece el mecanismo de los servicios mínimos como una limitación que cumple con dichas condiciones. Esto permitirá que posteriormente podamos profundizar en esta limitación y criticar la forma en que ha sido consagrada en el ordenamiento jurídico nacional.

2.1.1 CONDICIÓN INTERNACIONAL.

La primera condición ha analizar es la condición internacional. En un principio, la OIT señala que “El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción

²⁷ TÓRTORA ARAVENA, Hugo, “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*” en Estudios Constitucionales, año 8, número 2, 2010, p. 181.

²⁸ Ídem, pp. 185-186.

²⁹ Ídem, p. 187.

podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).”³⁰ Estas prohibiciones pueden ampliarse en aquellos casos en que exista una crisis nacional aguda³¹.

Sin embargo, estas no son las únicas limitaciones, ya que la OIT establece que “entre servicios esenciales (donde se puede prohibir la huelga) y los servicios no esenciales (donde no se puede prohibir), los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el concepto de servicio de “importancia trascendental” (terminología del Comité de Libertad Sindical) o de “utilidad pública” (terminología de la Comisión de Expertos) que son servicios no esenciales donde a juicio de los órganos de control de la OIT no se puede prohibir la huelga, pero sí imponerse un servicio mínimo de funcionamiento.”³²

Por último, existiría una quinta limitación, consistente en los servicios mínimos de seguridad, establecidas “con el fin de hacer respetar la seguridad de las personas, evitar accidentes y garantizar la seguridad de las instalaciones.”³³

En atención a lo recién planteado, podemos comprobar que nuestro ordenamiento jurídico no cumple la condición de carácter internacional a la hora de regular el derecho fundamental de huelga, generando incongruencias a nivel constitucional, incongruencias que conllevan una infracción permanente, por parte del Estado chileno, de la normativa internacional.

Nuestro ordenamiento jurídico introduce, como hipótesis para prohibir la huelga, los servicios de utilidad pública y amplía la noción de servicio esencial al abastecimiento de la población y a la economía del país. Sin embargo, desde una perspectiva internacional, la solución a estos problemas viene dada por el establecimiento de servicios mínimos, no por la prohibición del ejercicio de la huelga.

Afirmamos esto, ya que, según lo expuesto anteriormente, los servicios de utilidad pública son una hipótesis en que expresamente la OIT señala que no se debe prohibir la huelga sino que se deben establecer servicios mínimos de funcionamiento. SILVA CAJAS señala, en este sentido, que los servicios de utilidad pública “son de importancia en el funcionamiento de una sociedad, pero que ni aun así se justifica la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, sino que en tales casos, sólo podría aceptarse la imposición de un servicio mínimo de funcionamiento”³⁴.

Respecto a una paralización que causare un desabastecimiento de la población, en principio, no es un servicio esencial, por ende, no puede estar prohibido ejercer el derecho fundamental de huelga. Sin embargo, la OIT señala que “un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población”³⁵.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 576.

³¹ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga” en Revista Internacional del Trabajo, Volumen 117, número 4, 1998, p. 17.

³² Ídem, p. 23.

³³ Ídem, p. 31.

³⁴ SILVA CAJAS, María Violeta, “El derecho a huelga en Chile: el delgado hilo que sostiene su existencia” en Revista de la sociedad chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, número 11, 2015, p. 126.

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 582.

ERMIDA señala que estos son servicios esenciales por extensión³⁶, sin embargo, la Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que en los servicios esenciales por extensión no se puede prohibir la huelga, sino que se debe establecer servicios mínimos de funcionamiento³⁷.

Por último, nuestra legislación permite prohibir el ejercicio del derecho a huelga cuando se causa grave daño a la economía del país. Esta problemática ya fue planteada en la Duodécima Conferencia de Estados de América Miembros de la OIT (realizada en Montreal en 1986), donde se señalaba que en Estados en vías de desarrollo, con economías frágiles, una paralización podía ser tan dañina como una huelga que afectara la salud o la vida. La solución que la OIT propuso a esta problemática era entender que estábamos ante un servicio esencial por extensión, donde podría limitarse dicha huelga, pero jamás prohibirse³⁸, es decir, en esta hipótesis también se deben imponer servicios mínimos y no prohibir el ejercicio de la misma, aun cuando el ejercicio de la huelga implique causar grave daño a la economía nacional.

Hemos comprobado como el Estado, al prohibir el ejercicio de la huelga en más hipótesis de las establecidas en la normativa internacional, afecta las condiciones de carácter internacional establecidas por la doctrina como exigencias a la hora de limitar un derecho fundamental. La solución que cabría para que el Estado chileno cumpla esta condición es establecer servicios mínimos de funcionamiento, lo que permitiría estar acorde a los estándares establecidos por la OIT.

La OIT ya ha recomendado al Estado chileno adoptar esta medida, por ejemplo, en la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo se señala que nuestro ordenamiento jurídico debiese “establecer un régimen de servicios mínimos en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término”³⁹.

2.1.2 CONDICIÓN DE CARÁCTER MATERIAL.

La segunda condición para limitar un derecho fundamental (la de carácter material) dice relación con el respeto del contenido esencial. Ahora bien, la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales dependerá de la concepción que tengamos del mismo. La concepción relativa nos planteará que el contenido esencial se ve afectado cuando éste experimenta una restricción superior a la necesaria para lograr el fin que motiva la limitación y la concepción absoluta plantea que existe la posibilidad de distinguir un núcleo básico que hace identificable a un derecho fundamental como tal y que la afectación de dicho núcleo básico constituye una afectación del contenido esencial de dicho derecho⁴⁰.

El Tribunal Constitucional chileno se adhiere a la concepción absoluta del contenido esencial, señalando que “un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es

³⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar, “Apuntes sobre la Huelga”, ob. cit., p. 171.

³⁷ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, “*Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*”, ob. cit., p. 22.

³⁸ Para profundizar en esta discusión véase: ERMIDA URIARTE, Oscar, “Apuntes sobre la Huelga”, ob. cit., p. 174.

³⁹ El detalle de toda esta normativa puede encontrarse en <http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/91stSession/lang-es/index.htm>

⁴⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Derechos Fundamentales”, ob. cit., pp. 261-264.

consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el “libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizables, lo entranan más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”⁴¹

Bajo esta concepción, toda limitación al derecho fundamental de huelga debe permitir que este siga siendo reconocible y realizable. Resulta, entonces, prudente preguntarse ¿Cuál es el contenido esencial del derecho a huelga? La respuesta no ha sido dada por el Tribunal Constitucional chileno, sin embargo, el Tribunal Constitucional español da una acertada y simple noción de la misma, indicando que el contenido esencial de la huelga consistiría en la cesación efectiva del trabajo⁴².

En atención a lo recién planteado, si para regular un derecho fundamental no podemos afectar su contenido esencial, es decir, no podemos regularlo a tal punto de volverlo irreconocible o irrealizable (según lo planteado por el Tribunal Constitucional chileno) y el contenido esencial de la huelga es la cesación efectiva del trabajo, podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico no podría prohibir la huelga, sino que simplemente limitar su ejercicio, porque si la prohibiera la volvería irrealizable y, por lo tanto, afectaría su contenido esencial.

El mecanismo que se utiliza para limitar la huelga, sin prohibir su ejercicio, es el establecimiento de servicios mínimo, por lo tanto, en aquellos supuestos en que nuestro ordenamiento jurídico señala “se prohíbe el ejercicio de la huelga”, debiese ser sustituido por “se deberán establecer servicios mínimos”.

Esta es una alternativa que han adoptado múltiples ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en Argentina la Ley N° 25.877⁴³ establece, en su artículo 24, que “Cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción”; en Uruguay la Ley N°13.720 establece una solución similar en el artículo 4, señalando que si la huelga afecta a servicios esenciales, estos deberán ser mantenidos por “turnos de emergencia”; en Brasil, la Ley N°7.738 en su artículo 11 establece que se debe, de común acuerdo, “*garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*”; en España, en conformidad al Real Decreto-Ley 17/1977 (siendo reinterpretado por el Tribunal Constitucional en sentencia 11/1981) establece que en los servicios esenciales, los órganos del Estado que ejercen potestades de gobierno, deberán establecer servicios mínimos; en Italia, en conformidad a la ley 83/2000 y, así en muchas otros países.

Consideramos que el análisis que realiza KAHN-FREUND del *Emergency Powers Act* de 1920 permite comprender de mejor forma esta propuesta. El autor parte del supuesto que “una completa negación, o una restricción muy severa, de la libertad de huelga en un país puede ser

⁴¹ Tribunal Constitucional chileno, rol número 43, sentencia de 24 de febrero de 1987.

⁴² Tribunal Constitucional español, sentencia 11/1981, de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico cuarto. Para ver la sentencia completa diríjase a <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/11>

⁴³ Esta ley entra en vigencia el año 2004 y responde a una contraofensiva a las leyes de corte neoliberal que seguían la política económica del consenso de Washington (en este caso la ley N°25.250 promulgada el año 2000). Para profundizar esta materia, véase RODRIGO SILVA, Claudia, “*Derecho colectivo del trabajo en Argentina: Un modelo a considerar en Chile*” en Revista de Derecho, Volumen XXVI, número 1, 2013, pp.49-68.

indicadora de que en el mismo la pretendida libertad sindical solo existe sobre el papel”⁴⁴, en razón de esto la ley que regula aquellas situaciones en que existe un estado de emergencia (o estado de excepción en Chile) no puede, en caso alguno, tipificar como delito o prohibir el ejercicio de huelga, sino que debe establecer servicios mínimos porque “la finalidad no es que los huelguistas vuelvan al trabajo, sino disminuir las consecuencias dañosas de su actuación.”⁴⁵ La *Emergency Powers Act* fue derogada el año 2004 y sustituida por la *Civil Contingencies Act*, que prescribe: “*Emergency regulations may not: (b) prohibit or enable the prohibition of participation in, or any activity in connection with a strike or other industrial action.*”⁴⁶

Esta opción es autorizada por la OIT, organización que señala: “El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término)”⁴⁷, es decir, autoriza que en aquellos supuestos en que una huelga afecta un servicio esencial puedan establecerse servicios mínimos de funcionamiento y así evitar prohibir el ejercicio de la huelga.

Incluso podemos afirmar que la OIT prefiere que se establezcan servicios mínimos en los servicios esenciales, en vez de prohibir su ejercicio. “Desde que formuló sus primeros principios en la materia [ejercicio de la huelga] el Comité ha optado por el reconocimiento del ejercicio de la huelga con carácter general (...)”⁴⁸

2.1.3 CONDICIÓN DE CARÁCTER LÓGICO.

La tercera condición que estudiaremos en orden a limitar de forma correcta un derecho fundamental dice relación con la condición de carácter lógico. Esta condición implica que las limitaciones del derecho fundamental de huelga deben ser justificadas y proporcionales. Se entenderá que son justificadas cuando tengan “una causa o motivo jurídico concreto, susceptible de ser comprendido y, por lo mismo, de ser revisado.” Esta revisión debe buscar la razonabilidad de la restricción y a que el fundamento de la misma provenga de la necesidad de dar protección a otros derechos o bien a intereses y valores comunes a la sociedad. Además, se exige una proporcionalidad de la medida, es decir, que “el daño o deterioro que se produzca al ejercicio del derecho sea el mínimo en consideración al fin buscado.”⁴⁹

Esta condición tiene su fundamento en el “hecho de estar los poderes públicos vinculados a los derechos fundamentales y, en consecuencia, no ser admisible para ellos una disminución de las posibilidades de actuación de los titulares de derechos fundamentales si no es en virtud de

⁴⁴ KAHN-FREUND, Otto, Trabajo y Derecho, Centro de publicaciones Ministerio de trabajo y seguridad social, Madrid, 1987, p. 389.

⁴⁵ Ídem, p. 405.

⁴⁶ La ley completa puede encontrarse en el siguiente link: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/36/pdfs/ukpga_20040036_en.pdf

⁴⁷ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 606.

⁴⁸ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, ob. cit., p. 17.

⁴⁹ TÓRTORA ARAVENA, Hugo, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 185.

una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa.”⁵⁰

Nuestra legislación, con el objeto de proteger otros derechos fundamentales, prohíbe el ejercicio del derecho fundamental de huelga. Esta fuerte medida es regulada en el artículo 384 del Código del Trabajo y es concretizada en una resolución conjunta efectuada el mes de julio de cada año por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción. Esta resolución al prohibir el ejercicio de un derecho fundamental debe cumplir las condiciones de carácter lógico, que para TÓRTORA serán la justificación y la proporcionalidad, este último es entendido de forma más compleja por ALDUNATE, quién señala que se debe someter al test de proporcionalidad, es decir, se debe examinar si la regulación del derecho fundamental respeta el principio de idoneidad (el medio elegido ha de ser apto para contribuir al fin perseguido), el principio de necesidad (una medida no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa) y la proporcionalidad en sentido estricto (el grado en que se afecta un derecho fundamental está justificado por el fin perseguido).

Es interesante comprobar que en la resolución de este año (Resolución Exenta N°134 publicada el 06 de agosto del 2016⁵¹) hay una referencia expresa al Convenio N°87 de la OIT, sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, en los considerandos se señala que la huelga es “un derecho fundamental de los trabajadores, un medio legítimo de defensa de sus intereses, que ha sido reconocido explícita e implícitamente en sendos tratados de derechos humanos vigentes en Chile (...)”⁵². Incluso, la resolución en estudio manifiesta que debiese existir “(...) una interpretación restrictiva sobre las limitaciones que pueden darse respecto de dicho derecho [derecho fundamental de huelga], en cuanto a que pueden representar una afectación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales. Por ello, sólo puede prohibirse en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (...)”⁵³. A pesar de esta grandilocuente declaración, la segunda empresa en que se prohíbe el ejercicio del derecho de huelga es el Ferrocarril Arica – La Paz, lo que refleja una discordancia entre el discurso público acerca de la huelga y su tratamiento por los distintos poderes del Estado.

Sin embargo, la principal crítica que uno puede realizar a la resolución dictada conforme al artículo 384 del Código del Trabajo dice relación con el incumplimiento del principio de necesidad, ya que uno podría resguardar los valores y derechos que pretende tutelar la resolución⁵⁴ sin necesidad de prohibir el ejercicio del derecho a huelga, sino que estableciendo

⁵⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Derechos Fundamentales”, ob. cit., p. 264.

⁵¹ Para ver la Resolución N° 134 exenta del 06 de agosto del 2016 diríjase a: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1093402>

⁵² Ídem, considerando número 3.

⁵³ Ídem, considerando número 4.

⁵⁴ La resolución pretende tutelar aquellos 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.

un mecanismo menos gravoso, pero igual de eficiente como son los servicios mínimos de funcionamiento y de seguridad.

En base a lo recién planteado, concluimos que el Estado chileno tampoco cumple la condición de carácter lógico al momento de regular la huelga, ya que no satisface el principio de necesidad. Este principio se vería satisfecho por medio del establecimiento de servicios mínimos que serían limitaciones menos gravosas al derecho de huelga y que, además, cumplirían las condiciones internacionales, materiales y lógicas necesarias para regular un derecho fundamental como la huelga.

2.2 INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES A LA LIMITACIÓN. DEMOSTRACIÓN DE LA NECESIDAD DE CAMBIO.

En el desarrollo de este ensayo hemos demostrado como el legislador chileno no cumple las condiciones que se establecen para regular un derecho fundamental como la huelga. ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento de dichas condiciones? La consecuencia es que se producirá una limitación fáctica, es decir, “restricciones a los derechos fundamentales de las personas que, si bien, no cumplen con las condiciones que deben revestir para su validez, igualmente son establecidas o aceptadas como formalmente legítimas.”⁵⁵

En el caso de la huelga, ejercer una limitación fáctica de la misma, conlleva negativas consecuencias, principalmente a nivel internacional. A modo de ejemplo, “existen tres derechos humanos de segunda generación, contemplados en el pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (vigente en nuestro país), que deben ser garantizados y respetados “de inmediato” por los Estados partes: el derecho de sindicación, el derecho de huelga y la libertad de educación”⁵⁶. Además, resulta prudente recordar que en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se señala que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian.”

Además, el Convenio N°87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ratificado por Chile el año 1999, señala en su artículo 8 que “La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”. Debemos recordar que el derecho a huelga es reconocido implícitamente en el artículo 3 de dicho convenio.

En base a este conjunto de disposiciones, podemos confirmar que el Estado tiene una obligación de cumplir los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, “ello implica no sólo la obligación positiva de respetarlos y promoverlos, sino que además, el deber

⁵⁵ TÓRTORA ARAVENA, Hugo, *“Las limitaciones a los derechos fundamentales”* ob. cit., pp. 187-190.

⁵⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, ob. cit., p. 64.

negativo de no violarlos, ni de fijar o aceptar limitaciones que no sean toleradas por el derecho internacional.”⁵⁷

Sin embargo, en el presente texto, hemos demostrado como el Estado chileno, al momento de regular a la huelga incumple los estándares internacionales, infringe los límites que el Tribunal Constitucional chileno ha establecido para regular un derecho fundamental y no satisface el test de proporcionalidad exigido para limitar un derecho como la huelga.

La solución que hemos propuesto para esta problemática pasa por la consagración de servicios mínimos en aquellos supuestos en que la huelga está prohibida. Adoptar este camino, permitirá satisfacer las exigencias que el Tribunal Constitucional chileno ha establecido en relación al respeto del contenido esencial e implicará imitar la solución que varios países han seguido respecto de la huelga que afecta servicios esenciales. Además, permite satisfacer las condiciones lógicas de una limitación a un derecho que es esencial a la naturaleza del hombre, ya que los servicios mínimos son una limitación al derecho a huelga que satisface de mejor manera el test de proporcionalidad que debe realizarse a toda regulación de un derecho humano.

Otra solución consiste en limitar los supuestos en que se prohíbe el ejercicio de la huelga solo a los servicios esenciales en sentido estricto y respecto a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Respecto de aquellas hipótesis no contempladas en los dos supuestos recién nombrados debiese establecerse servicios mínimos. Consideramos que solo así estaríamos respetando estándares internacionales y regulando de forma adecuada la huelga⁵⁸.

Ahora bien, es válido plantear que estas medidas no son necesarias, ya que es la propia constitución la que dispone que se debe prohibir el ejercicio de la huelga en supuestos más amplios que los que dispone el derecho internacional y comparado. Sin embargo, esta argumentación desconoce la definición que la teoría-jurídica ha establecido para los derechos fundamentales, entendidos como “derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”⁵⁹, es decir, no es la constitución la que crea un derecho fundamental y establece sus límites y su alcance, esta solo les corresponde declararlos.

Por otro lado, como contra-argumento a la afirmación que señala que nuestra propia constitución es la que autoriza a limitar a la huelga más allá de su contenido esencial y de los estándares del derecho internacional, resulta prudente citar a FERRAJOLI, quién afirma que “el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente los derechos de libertad sino también los derechos sociales; en

⁵⁷ TÓRTORA ARAVENA, Hugo, “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*” ob. cit., p. 191.

⁵⁸ De todas formas, esta solución no superaría las exigencias que el Tribunal Constitucional ha establecido respecto al respeto del contenido esencial al momento de regular un derecho fundamental.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, “*Sobre los derechos fundamentales*” en CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 74.

segundo lugar frente a todos los poderes no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo el derecho estatal sino también en el derecho internacional.”⁶⁰ Por lo tanto, al tratar la huelga no podemos enfocarnos únicamente en los márgenes dados por nuestra Constitución, sino que debemos abordarla teniendo en consideración los niveles y estándares internacionales.

Por último, un tercer motivo que justifica que al estudiar la huelga no nos guíemos únicamente por estándares nacionales, apunta al tratamiento, por parte del Estado chileno, de los mecanismos de autotutela colectivos. El año 2009 Chile tenía un coeficiente de GINI de 52.1, este coeficiente lo sitúa como el décimo quinto país más desigual del mundo⁶¹, por lo tanto, “ante los incumplimientos [de los derechos sociales], ante la falta de efectividad de las políticas sociales, la reacción de parte de la población es la de organizarse y ejercitar formas de autotutela, que en la medida en que los incumplimientos son más graves, afectan más derechos e intereses de terceros. Pero estas acciones constituyen una de las pocas herramientas de los colectivos excluidos para participar en política. En este sentido, algunos de los estándares internacionales de protección de derechos humanos también son útiles, por lo menos en un sentido defensivo, para vedar o limitar el uso de la fuerza penal del Estado”^{62,63}

3. SERVICIOS MÍNIMOS. EL CAMINO CORRECTO.

En el desarrollo de esta investigación hemos comprobado como existe un reconocimiento transversal de la huelga como un derecho fundamental. Sin embargo, la regulación de esta misma no cumple los estándares o condiciones exigidas para la afectación de derechos consagrados en la carta fundamental. De igual forma, se ha demostrado como el derecho internacional y comparado introduce la noción de servicios mínimos como un mecanismo efectivo para limitar la huelga sin incurrir en una limitación fáctica, superando así las consecuencias negativas que conllevan no cumplir las condiciones o estándares necesarios para regular un derecho fundamental.

En los siguientes apartados, se explicarán los elementos de los servicios mínimos que debiesen estar presentes en una hipotética regulación de los mismos, de tal forma que sea respetuoso del derecho fundamental de huelga. Para esto se estudiará los supuestos en que proceden, los actores que deben participar en su establecimiento, los motivos que debiesen estar presentes a la hora de fijar un servicio mínimo en un caso concreto y el rol que cumplirían los tribunales de justicia como garantes de legitimidad en el establecimiento de servicios mínimos y como principal responsable en evitar un uso excesivo de los mismos.

⁶⁰ Ídem, p. 73.

⁶¹ Esta estadística se extrajo de: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html> ; <http://datos.bancomundial.org/indicador/SI.POV.GINI/countries/1W-CL?display=graph>

⁶² Consideramos que este argumento también es aplicable a la potestad regulatoria del Estado.

⁶³ COURTIS, Christian, “*Los derechos sociales en perspectiva*” en CARBONELL, Miguel, Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 199.

Este análisis doctrinal otorgará los elementos suficientes para analizar la forma en que el poder legislativo ha regulado los servicios mínimos y si esta regulación cumple los estándares necesarios que permiten una consagración sana del derecho fundamental a huelga.

3.1 SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS.

En primer lugar, se entiende por servicios mínimos “la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediamente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga.”⁶⁴

El Comité de Libertad Sindical, en atención a cuales son los derechos fundamentales o bienes protegidos, realiza una primera distinción entre servicios mínimos de seguridad y servicios mínimos de funcionamiento. Señala que los servicios mínimos de seguridad deben ser prestados por las organizaciones profesionales cuando sean necesarias para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes⁶⁵.

Por otro lado, la OIT establece tres supuestos en que se pueden aplicar los servicios mínimos de funcionamiento. “El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en sentido estricto del término); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) en servicios públicos de importancia trascendental.”⁶⁶

El primer supuesto justifica una posible confusión terminológica entre servicios esenciales y servicios mínimos de funcionamiento, ya que “En ciertos países, la noción de servicios esenciales se utiliza en la legislación para designar los servicios en que no se prohíbe la huelga, pero puede imponerse un servicio mínimo de funcionamiento”⁶⁷, situación que es respaldada por la OIT y reconocida por múltiples ordenamientos jurídicos, por ejemplo, el italiano, el español, el brasileño, el uruguayo, el argentino, entre otros.⁶⁸

⁶⁴ BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Editorial Tecnos, 2º edición, Madrid, 1998, p.195.

⁶⁵ Organización Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, ob. cit., párrafo 605.

⁶⁶ Ídem, párrafo 606.

⁶⁷ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, “*Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*”, ob. cit., p. 22.

⁶⁸ Véase GARCÍA, Héctor Omar, “*Servicios Esenciales, Servicios Mínimos y Autorregulación: Sobre garantías al derecho de huelga y límites al poder del Estado*” en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 2006, p. 1102.

Respecto del segundo supuesto, vemos una extensión del servicio esencial, ya que estamos ante un supuesto que inicialmente no es esencial, pero cuya duración y alcance justifica la imposición de una limitación como son los servicios mínimos.

Los dos primeros supuestos podrían ser una situación análoga a la de un servicio esencial, pero cuyos efectos son distintos. Como bien señala ERMIDA “los efectos no coinciden: mientras que en los dos primeros casos- funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público y servicios esenciales en sentido estricto- se admite tanto la prohibición como otras formas de limitación de la huelga, en este nuevo caso de “servicios esenciales por extensión” solo se admite la imposición de un servicio mínimo (...).”⁶⁹

Por último, el tercer supuesto entiende que “entre servicios esenciales (donde se puede prohibir la huelga) y los servicios no esenciales (donde no se puede prohibir), los órganos de control de la OIT utilizan un concepto intermedio que es el concepto de servicios de “importancia trascendental” (terminología del Comité de Libertad Sindical) o de “utilidad pública” (terminología de la Comisión de Expertos), que son servicios no esenciales donde a juicio de los órganos de control de la OIT no se puede prohibir la huelga, pero sí imponerse un servicio mínimo de funcionamiento en la empresa o institución de que se trate.”⁷⁰

Teniendo claro los tipos de servicios mínimos y los supuestos en que deben ser aplicados, corresponde analizar quienes establecen los servicios mínimos.

3.2 ¿QUIÉN FIJA LOS SERVICIOS MÍNIMOS? EL INTERÉS COMO CRITERIO DETERMINANTE.

¿A quién le corresponde fijar los servicios mínimos? Esta determinación “podría proceder del poder público, de la negociación entre sindicatos y organizaciones empresariales (o entre empresarios y representantes de los trabajadores en la empresa), de la negociación entre sindicatos y Administración afectadas o de la autorregulación por los propios sindicatos o huelguistas.”⁷¹

Consideramos que el criterio para optar por alguna de estas opciones deberá atender al interés que está en conflicto en la determinación del servicio mínimo. Claramente siempre se verán directamente afectados los intereses de los trabajadores huelguistas, ya que el establecimiento de servicios mínimos afecta la efectividad de la huelga como mecanismo de presión. Teniendo claridad respecto del rol que deben cumplir los sindicatos o los trabajadores huelguistas, corresponde determinar el rol del poder público y del empresariado.

⁶⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar, “Apuntes sobre la Huelga”, ob. cit., p. 171.

⁷⁰ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga” ob. cit., p. 23.

⁷¹ MONTOYA MELGA, Alfredo, “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro” en ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, Cuestiones Laborales de actualidad. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Feliciano González Pérez, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p.46

Respecto del empresariado, debemos hacer una distinción entre servicios mínimos de funcionamiento y servicios mínimos de seguridad, recordemos que estos últimos deben ser prestados en atención a la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes, por lo tanto, afectan directamente al empleador como dueño o encargado de una empresa e indirectamente al Estado como garante del bien común. Por lo tanto, si utilizamos el criterio del interés, podemos concluir que la fórmula utilizada para determinar la fijación de servicios mínimos de seguridad corresponde, en el caso de los servicios mínimos de seguridad, al empleador en conjunto con los trabajadores.

Ahora bien, si analizamos los servicios mínimos de funcionamiento podemos comprobar que la finalidad es diversa al supuesto anterior, ya que en estos casos se busca el bien común, es decir, evitar huelgas que impidan satisfacer de forma absoluta un servicio esencial o algún servicios de importancia trascendental o que generen una crisis nacional aguda. En estas hipótesis los intereses van más allá de la empresa y afectan a la comunidad toda, por lo tanto, el interés del empresario queda en un segundo plano y toma un rol mucho más preponderante el Estado como un promotor del bien común⁷². En base al criterio propuesto, podemos concluir que en estas hipótesis los actores que debiesen determinar la implementación de un servicio mínimo es el Estado (actuando por medio de la administración) y el sindicato o, en su defecto, los trabajadores⁷³.

Respecto de esta materia, nos hemos apartado de lo señalado por la OIT, la que considera que deben participar empleadores, autoridades públicas y trabajadores, ya que esto le da legitimidad a la decisión y evita un excesivo uso de los servicios mínimos⁷⁴. Sin embargo, estimamos que estos objetivos pueden ser alcanzados exigiendo una motivación adecuada de las razones que justifican el establecimiento de servicios mínimos y considerando una instancia pública e imparcial que juzgue la procedencia de los mismos ante posibles conflictos entre los actores. Ambos elementos serán profundizados en los siguientes apartados.

3.3 LA MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA LEGITIMACIÓN DE LA DECISIÓN.

Ya hemos señalado que los servicios mínimos son un mecanismo de limitación efectivo y respetuoso del derecho fundamental de huelga. Ahora bien, para que sea respetuoso se deben

⁷² Esto en conformidad al artículo 1 inciso 4 de la constitución política de la república, que señala: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (...)”*.

⁷³ Como señala CRUZ VILLALÓN, “De este modo, el conflicto laboral se presenta mucho más intenso y sobre todo mucho más complejo, en la medida en que no sólo se concentra en la tensión típica entre los intereses de trabajadores y empresarios, sino que emerge cada vez más con mayor trascendencia en la afectación más o menos directa a los intereses de la ciudadanía en general como usuarios y consumidores de los productos elaborados y los servicios prestados por esas empresas en situación de conflicto; sin descartar que a ello se añada también la afectación a intereses generales de la comunidad, que llama a la intervención de los poderes públicos como garantes de los mismos.” Véase CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 8° edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 554.

⁷⁴ Organización Internacional del Trabajo, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, ob. cit., párrafo 612.

cumplir ciertos estándares por medio de su reglamentación. En esa línea hemos ido desglosando que elementos deben estar en una hipotética regulación de los servicios mínimos.

Ya hemos señalado que se debiese determinar en que supuestos procede y quienes deben participar en su elección. Estimamos, además, que se debe responder una tercera pregunta ¿Qué fundamentación debo exigir a la hora de establecer un servicio mínimo?

Respecto a los servicios mínimos de funcionamiento, debemos recordar que en estos supuestos será la administración del Estado, en conjunto con los trabajadores, la que determinará la existencia de servicios mínimos, por lo tanto, la necesidad de motivar dicha decisión viene dada por la propia legislación⁷⁵.

Respecto de los criterios que deben estar presentes en dicha motivación, consideramos que estos deben apuntar a un triple aspecto. En primer lugar, debo “verificar si la actividad empresarial se dirige a la satisfacción de un derecho fundamental, libertad pública o bien jurídicamente protegido necesarios para la comunidad. En segundo, y con carácter subordinado al anterior concepto y en un registro de mayor concreción, hay que justificar la existencia de servicios mínimos, a partir ya de los concretos cometidos laborales que se desempeñan en la empresa. Esto es, hay que seleccionar en cada unidad productiva las funciones que sean necesarias para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales. Finalmente, el tercer nivel se refiere al *quantum* de efectivos personales necesarios para garantizar la prestación de servicios mínimos.”⁷⁶

El primer criterio responde a la naturaleza misma de los servicios mínimos de funcionamiento, entendiendo por tales una herramienta que no busca responder a intereses empresariales, sino más bien a un valor o interés general de la comunidad⁷⁷, por lo tanto, sería errado establecer servicios mínimos si dicha actividad, abstractamente considerada, no satisface dichos intereses generales.

El segundo criterio es la concretización de dicho análisis abstracto, es decir, en base a un análisis casuista determinaremos que actividades en concreto deben ser mantenidas por medio de un servicio mínimo. Los elementos que deben ser considerados en este segundo nivel de motivación son la duración y extensión territorial de la huelga, su posible efecto multiplicador, las fechas de su convocatoria, los derechos y bienes afectados y, por último, el grado de perturbación de consumidores y usuarios.⁷⁸

⁷⁵ Artículo 41 inciso 4 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, que señala: “*Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (...)*”.

⁷⁶ CABEZA PEREIRO, Jaime, “*La imposición de servicios mínimos*” en BAYLOS GRAU, Antonio, Estudios sobre la Huelga, editorial Bomarzo, Madrid, 2011, p.174.

⁷⁷ En este sentido véase Tribunal Constitucional español, sentencia 27/1989, de 3 de febrero de 1989, fundamento jurídico tercero. Para ver la sentencia completa diríjase a <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1233>

⁷⁸ RAFFAGHELLI, Luis, “*Conflictos en los servicios esenciales: fijación de los servicios mínimos. Aspectos conflictivos. Doctrina judicial*”, ob. cit., p. 337.

Este segundo criterio debiese ser el principal limitante del uso de servicios mínimos de funcionamiento en nuestro país, ya que nuestro ordenamiento jurídico promueve la negociación colectiva solo dentro de la empresa y, por lo tanto, las huelgas que de ellas pudiesen surgir difícilmente afectarán de forma grave a toda la comunidad. A modo de ejemplo, si se declarase una huelga en una línea de buses urbanos estaríamos en un supuesto en que la OIT autoriza la existencia de servicios mínimos de funcionamiento⁷⁹, sin embargo, en Chile la autoridad administrativa tendría serias complicaciones para motivar dicha resolución, ya que al no ser una huelga del gremio de transporte (sino solo de una empresa de transporte en específico) nada impide que los ciudadanos tomen otros recorridos o utilicen otros medios de transporte como el metro. En este sentido, MARZI MUÑOZ señala que “antes de revisar algunos de sus criterios [los de la OIT] debe tenerse en cuenta que ésta no elabora sus recomendaciones teniendo a la vista países cuyo único nivel de negociación garantizado es la empresa y en que la huelga sea un paso incrustado en el nivel de negociación más irrelevante: precisamente el de la empresa.”⁸⁰

Por último, el tercer aspecto que debe ser motivado apunta al número de efectivos personales que se designen para garantizar el servicio mínimo. Resulta prudente recordar que esta limitación debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental de huelga, es decir, la cesación efectiva del trabajo. En esta línea, desde una perspectiva numérica, una huelga no es efectiva si más de la mitad de los trabajadores involucrados en la negociación continúan laborando⁸¹, por ende, podemos concluir que el número de trabajadores que deberán prestar servicios mínimos no podrá jamás superar ese 50%⁸².

Para el caso de los servicios mínimos de seguridad, los criterios de motivación deben ser similares. Es decir, en primer lugar deberá atender a si una huelga, abstractamente considerada, afectaría la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes, luego debe analizarse el caso concreto de dicha huelga y, por último, la cantidad de personal necesario para cumplir el objetivo propio del establecimiento de servicios mínimos.

3.4 PONDERACIÓN COMO ELEMENTO PRESENTE EN LA MOTIVACIÓN Y EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RESPECTO A LA DETERMINACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS.

⁷⁹ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 624.

⁸⁰ MARZI MUÑOZ, Daniela, “*Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de reforma al derecho colectivo: El sendero de un legislador sin convicción*” en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, volumen 3, número 4, 2015, p.18.

⁸¹ Esto requisito lo establece la propia legislación en el artículo 374 inciso 3 del Código del Trabajo y se mantiene en el proyecto que busca modernizar las relaciones laborales al exigir un quorum de mayoría absoluta de los afiliados al sindicato para hacer efectiva la huelga (artículo 350 del proyecto).

⁸² Esta exigencia es compartida por países como Argentina (decreto 272/06) e Italia (ley 83/2000). Para profundizar esta materia véase GARCÍA, Héctor Omar, “*Servicios Esenciales, Servicios Mínimos y Autorregulación: Sobre garantías al derecho de huelga y límites al poder del Estado*”, ob.cit., p.26.

Al abordar esta materia, hemos demostrado que los servicios mínimos surgen cuando existe un conflicto entre el derecho fundamental de huelga y algún otro derecho o valor constitucional, por ejemplo, la propiedad, la salud, entre otros. “Sea como fuere, al contraponerse un derecho fundamental- como sin duda lo es la huelga-, bien con otros derechos de su mismo rango, o bien con libertades públicas o, en fin, con bienes constitucionalmente protegidos, el criterio que en los últimos tiempos domina en esa tarea de determinar cómo deben ceder los derechos fundamentales y libertades públicas o cómo deben verse afectados los bienes cuando se ejercita el derecho de huelga no es otros que el principio de la proporcionalidad de los sacrificios.”⁸³ En base a lo recién planteado, se hace necesario que en la motivación de la decisión, así como en la resolución de posibles conflictos que surjan en virtud de la decisión, debe existir un proceso de ponderación de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta esto, debemos determinar que se entenderá por ponderación y que rol juega en el establecimiento de servicios mínimos. Recordemos que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, es decir, son normas de principios que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas⁸⁴. Estos mandatos de optimización se alcanzan por medio del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Este gran principio se divide en tres subprincipios, los dos primeros son el de adecuación y el de necesidad, que tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales. Por otro lado, el principio de proporcionalidad en sentido estricto constituye un tercer subprincipio, que apunta a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas por medio de la ley de ponderación, es decir, como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro⁸⁵. En este sentido, podemos concluir que, en materia de huelga, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se enunciaría de la siguiente forma: “la mejora que pretenden alcanzar los huelguistas no justifica bastante la irrogación al público de un mal mayor que el que vienen padeciendo los trabajadores en huelga.”⁸⁶

“La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.”⁸⁷

⁸³ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “*Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas*” en BAYLOS GRAU, Antonio, Estudios sobre la Huelga, editorial Bomarzo, Madrid, 2011, p.51.

⁸⁴ Para profundizar en esta definición véase ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.81 y ss.

⁸⁵ ALEXY, Robert, “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11, enero-junio 2009, pp. 8-13.

⁸⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “*Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas*”, ob. cit., p.52.

⁸⁷ ALEXY, Robert, “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, ob. cit., p.9.

Para ponderar el establecimiento de servicios mínimos, conforme a los pasos recién señalados, se debe utilizar ciertos criterios o parámetro, los que se determinarán en relación al ámbito funcional, territorial y temporal de la huelga⁸⁸. A modo de ejemplo, una hipotética huelga general, en todo el territorio de la república y que dura 1 mes tendrá una ponderación distinta a una huelga en un Centro de Salud Familiar (CESFAM) de una comuna rural por medio día, aun cuando ambas son hipótesis donde podría proceder un servicio mínimo.

Además, resulta prudente recordar que “el principio de proporcionalidad no es un criterio que liste los derechos en base al interés cuantitativo sobre el que incidan, esto es, atendiendo al número de ciudadanos al que asisten, sino procurando que el círculo concéntrico donde se sitúa un derecho en estado de pasividad se agrande cuando transite hacia un estado de actividad.”⁸⁹ Una interpretación contraria a este argumento podría conllevar que en la mayoría de los casos se ponderaría en contra de la huelga, ya que suelen haber más personas afectadas a una huelga que trabajadores ejerciendo el derecho a huelga. No obstante, indirectamente el número de personas afectadas sí incide en la determinación de servicios mínimos, ya que podrá incluirse en el parámetro territorial señalado en el párrafo anterior.

Por último, a la hora de ponderar el establecimiento de servicios mínimos debemos interiorizar que el ejercicio del derecho a huelga siempre conllevará algún grado de perjuicio para quienes no ejercen dicho derecho, es decir, “el estado de cosas que preexiste al ejercicio del derecho de huelga no puede ser idéntico al que se produce cuando interviene aquél.”⁹⁰ Por lo tanto, al momento de ponderar el establecimiento de servicios mínimos siempre se debe tener en consideración que no se busca ni extinguir ni evitar situaciones conflictivas producidas por una huelga, sino que simplemente mitigar razonablemente dichas consecuencias⁹¹.

3.5. TRIBUNALES DE JUSTICIA. LOS ÚLTIMOS GARANTES DEL USO CORRECTO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS.

En el presente ensayo se ha demostrado como los servicios mínimos son una solución para limitar de forma correcta un derecho fundamental como la huelga. Sin embargo, para que esta limitación sea correcta se deben cumplir ciertos estándares y regular ciertos elementos.

Uno de los elementos que se deben regular es determinar que actores participan en el establecimiento de servicios mínimos, hemos señalado que el criterio que se debiese utilizar debe atender a los intereses que se ven afectados. Sin embargo, esta propuesta se aleja de la recomendación dada por la OIT en orden a que participen el empleador, las autoridades públicas y las organizaciones sindicales porque así se daría mayor legitimidad a la decisión y se evitará un uso excesivo de los servicios mínimos.

⁸⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime, “*La imposición de servicios mínimos*”, ob. cit., p.183.

⁸⁹ TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne, “*Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas*”, ob. cit., p.57.

⁹⁰ Ídem, pp.54-55.

⁹¹ Esta interpretación, así como la terminología utilizada, se extrae de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Resolución 1302/2014, de 15 de octubre del 2014.

Frente a esto, consideramos que la legitimidad de la decisión, así como evitar el uso excesivo de servicios mínimos, son objetivos que pueden ser alcanzados fortaleciendo las exigencias a la hora de motivar una decisión y, además, establecer un tercero imparcial representado en la judicatura, quién velará por evitar un uso excesivo de los mismos.⁹²

Respecto de los servicios mínimos de funcionamiento, al participar la Administración siempre debiese existir un acto administrativo que ha de ser impugnabile dentro de la misma Administración⁹³. Sin embargo, el problema que genera estos recursos, es que no garantiza la imparcialidad, por ende, tanto para servicios mínimos de seguridad como de funcionamiento, se hace necesaria la participación del poder judicial como tercero imparcial y revisor de las decisiones tomadas por administración/trabajadores o empleador/trabajadores.

El propio Comité de Libertad Sindical expresa que “un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga.”⁹⁴

Ahora bien, el principal problema que conlleva someter esta decisión a un tribunal, dice relación con que “tales impugnaciones son conocidas y tardíamente resueltas por el orden jurisdiccional (...), no pocas veces estimándolas, lo que determina que cuando llega la resolución de los litigios, las situaciones denunciadas se han consumado de modo irremediable.”⁹⁵ La solución a esta problemática puede ser abordada de tres formas distintas. Una primera solución, es ampliar los supuestos en que se puede interponer una acción de protección, en conformidad al artículo 20 de la Constitución Política de la República, incorporando a la huelga como una de las hipótesis⁹⁶. Afirmamos esto, ya que “en materia de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales la doctrina nacional y comparada adopta a lo menos tres tipos de actitudes en relación a la procedencia de medidas de urgencia. La más

⁹² En la práctica, se cumple la recomendación de la OIT, ya que siempre el trabajador y el empleador podrán accionar para que participe una autoridad pública, por lo tanto, siempre habrá una participación potencial de tres actores.

⁹³ El artículo 15 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo señala: “Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales”.

⁹⁴ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 614.

⁹⁵ MONTOYA MELGA, Alfredo, “Los límites del derecho de huelga: presente y futuro” ob. cit., p.46

⁹⁶ Es preciso recordar que “el recurso de protección se ha convertido efectivamente en el proceso contencioso administrativo por excelencia en nuestro derecho” FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos “*El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo*” en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, Justicia Administrativa, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, p.133.

común en nuestro medio jurídico es la que sostiene que tratándose de derechos fundamentales dicha tutela debe darse por medio de un proceso constitucional urgente de tipo cautelar.”⁹⁷

Una segunda solución es establecer “un proceso destinado específicamente a solventar las diferencias surgidas en torno a la huelga.”⁹⁸ De esta forma, se lograría tener un proceso con jueces laborales, que conocerán de forma rápida y eficaz los conflictos que surgiesen en razón del establecimiento de servicios mínimos y, de esta forma, evitaríamos que la resolución de las controversias fuese una victoria pírrica para los trabajadores, ya que la huelga se terminó bastante antes de la sentencia.

Por último, una tercera alternativa, pasa por un correcto uso de las medidas cautelares en esta materia. “En este estado de la situación, cobra especial relieve la apertura de una tutela cautelar, que permita al órgano que conozca del fondo del asunto dictar un auto suspensivo de la resolución de servicios mínimos, acaso mediante la adopción de medidas alternativas.”⁹⁹ Este es el camino que ha decidido seguir el legislador nacional, ya que en el artículo 492 del Código del Trabajo indica: “El juez, de oficio o a petición de parte, dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello, bajo apercibimiento de multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Deberá también hacerlo en cualquier tiempo, desde que cuente con dichos antecedentes”

4. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

Ahora corresponde analizar el tratamiento que han recibido los servicios mínimos en el ordenamiento jurídico nacional. Para esto se analizará como han sido regulados los servicios mínimos en el Código del Trabajo vigente al momento de la publicación de este ensayo. Además, se estudiará el tratamiento que la reforma laboral promulgada el 30 de agosto de 2016 ha efectuado de los servicios mínimos, para así determinar si esta regulación favorece o desfavorece la paupérrima realidad sindical chilena.

4.1 ARTÍCULO 380 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO. LA IRRELEVANTE CONSAGRACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS.

En el ordenamiento jurídico chileno, los servicios mínimos están consagrados en el artículo 380 del Código del Trabajo¹⁰⁰, bajo la denominación de equipos de emergencia. El legislador

⁹⁷ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica” en Revista de Derecho, volumen 19, número 2, 2006, p.219

⁹⁸ RIOS SALMERÓN, Bartolomé, “Sobre huelga y procedimientos de solución de conflictos” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 17, 1993, p.122.

⁹⁹ CABEZA PEREIRO, Jaime, “La imposición de servicios mínimos”, ob. cit., p.196.

¹⁰⁰ El artículo 380 del Código del Trabajo señala: “Si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios

señala que los supuestos de procedencia dicen relación con el ejercicio de una huelga que provoca: a) un daño actual e irreparable en los bienes materiales de la empresa; b) un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud; c) o que estamos ante una empresa, predio o establecimiento que presta un servicio esencial.

Además, el artículo señala que la comisión negociadora determinará los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, previo requerimiento del empleador. Por otro lado, frente a conflictos que surjan entre los trabajadores y el empleador, este último podrá interponer un reclamo ante la Inspección del Trabajo. La resolución que dicte la Inspección sobre esta materia podrá ser conocida por el Juzgado de Letras del Trabajo.

Respecto de los supuestos de procedencia, podemos comprobar que el artículo 380 del Código del Trabajo establece servicios mínimos de seguridad cuando se causa un daño actual e irreparable a los bienes materiales de la empresa. Sin embargo, este supuesto es más amplio que el establecido por el derecho internacional, que solo permite servicios mínimos de seguridad respecto de la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes¹⁰¹. En esta hipótesis se ve claramente manifestada la deformada concepción que tiene el legislador acerca de la huelga, ya que permite el establecimiento de servicios mínimos para prevenir el daño, siendo que “con el ejercicio del derecho de huelga se puede causar al empresario un mayor o menor daño, pero lo que no se puede pretender es que la huelga cause al empresario en todo caso el menor daño posible, pues ello se contradice con la pretensión de que sea eficaz.”¹⁰²

Por otro lado, el legislador establece servicios mínimos de funcionamiento para aquellas paralizaciones que generan un daño a la salud o respecto de empresas o servicios que prestan un servicio esencial. Estos supuestos coinciden con las hipótesis en que el derecho internacional permite el establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento¹⁰³.

Otro aspecto que resulta criticable, dice relación con el momento en que se deben determinar los servicios mínimos, ya que “no se contempla el conocimiento anticipado de los servicios

de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño.

La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de éste, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicho requerimiento.

Si así no lo hiciere, el empleador podrá reclamar a la Inspección del Trabajo a fin de que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará cuando hubiere negativa expresa de los trabajadores, o si existiere discrepancia en cuanto a la composición del equipo.

La reclamación deberá ser interpuesta por el empleador dentro del plazo de cinco días contados desde la fecha de la negativa de los trabajadores o de la falta de acuerdo, en su caso, y deberá ser resuelta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación.

De la resolución de la Inspección del Trabajo podrá reclamarse ante el juzgado de Letras del Trabajo dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución o de la expiración del plazo señalado en el inciso anterior.”

¹⁰¹ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 605.

¹⁰² MONEREO PÉREZ, José Luis, Derecho de Huelga y Conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica, Comares, Granada, 2012, p.13.

¹⁰³ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 606.

mínimos por parte de los trabajadores ni del empleador respectivo, sino que se regula sólo una vez producida la huelga y previa solicitud de la parte empleadora.”¹⁰⁴ Esto es contrario a lo que recomienda la OIT, que insiste “en la importancia de que las disposiciones relativas a los servicios mínimos a aplicar en caso de huelga en un servicio esencial se determinen en forma clara, se apliquen estrictamente y sean conocidas a su debido tiempo por los interesados.”¹⁰⁵

Sin embargo, a pesar de que los servicios mínimos estén consagrados expresamente en nuestra legislación, esta consagración es irrelevante porque se inserta dentro de un ordenamiento jurídico laboral que considera a la huelga una etapa indeseable de las relaciones laborales¹⁰⁶ y que, por ende, establece distintos mecanismos para poder limitarla, siendo la fijación de servicios mínimos el menos dañino del derecho fundamental de huelga.

En este contexto, la regulación y el rol de los servicios mínimos en nuestro ordenamiento se vuelve irrelevante, ya que el empleador podrá remplazar a los trabajadores en huelga siempre que se cumplan ciertas exigencias formales y se pague un bono (artículo 381 del Código del Trabajo), por ende, es poco probable que el empleador se vea en la necesidad de discutir la fijación de servicios mínimos.

La irrelevancia de los servicios mínimos en nuestro ordenamiento se ve demostrada en los exiguos pronunciamientos que la Corte Suprema ha hecho del artículo 380 del Código del Trabajo. Los equipos de emergencia solo son utilizados como un criterio para argumentar a favor o en contra del remplazo interno¹⁰⁷.

¹⁰⁴ AZÓCAR SIMONET, Rodrigo; CRUZ GONZÁLEZ, Álvaro, “Limitaciones al Derecho de Huelga en Chile: Los servicios esenciales, el remplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la reforma laboral” en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, volumen 6, número 12, 2015, p. 153.

¹⁰⁵ Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 611.

¹⁰⁶ Esta denominación es acuñada por la propia Corte Suprema. Véase Considerando número 6, Corte Suprema de Chile, Resolución N° 42.335, 2 de diciembre del 2009

¹⁰⁷ La Corte Suprema se ha pronunciado en múltiples oportunidades sobre si el remplazo interno está prohibido por el artículo 381 del Código del Trabajo. Respecto a esta temática suele utilizar a los equipos de emergencia como una demostración de lo indeseable de la huelga: “*Que, en efecto, la propia normativa que regula la huelga confirma la interpretación restrictiva a que se hace alusión en el motivo anterior, en la medida que, además de tratarse de un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, siempre está presente en su reglamentación la idea de buscar una alternativa que importe el acuerdo entre empleadores y trabajadores. (...) Finalmente, se establece, en determinadas faenas, la existencia de personal de emergencia*” o se utilizan los servicios mínimos como una demostración de la incoherencia de interpretar de forma restringida la prohibición del artículo 381 del Código del Trabajo, por ejemplo, en el voto disidente del mismo fallo se señala: “*Que, además, si bien la huelga constituye un desenlace no deseado para una negociación colectiva, ningún sentido tiene ese derecho reconocido en favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el remplazo y continuar con el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos o con mínimos obstáculos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga, lo que resulta inadmisibles dentro del contexto de la reglamentación de dicha situación, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 380 del Código del Trabajo, en el caso de producirse la huelga en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador está obligado a proporcionar personal de emergencia, cuyo no ha sido el caso*”. Considerando número 7 y considerando número 5 del voto minoritario, Corte Suprema de Chile, Resolución N°42.772, 10 de noviembre de 2010. Existen otras resoluciones con idénticas discusiones, para profundizar véase Corte Suprema de Chile, Resolución N°9.092, 14 de abril de 2008; Corte Suprema de Chile, Resolución N° 42.335, 2 de diciembre del 2009; Corte Suprema de Chile, Resolución N°260.644, 4 de diciembre de 2014.

En base a lo hasta acá planteado, podemos concluir que resulta irrelevante la consagración correcta o incorrecta de los servicios mínimos si estamos en presencia de un ordenamiento jurídico que no es respetuosa del derecho fundamental de huelga y que busca quitarle toda posible eficacia a su ejercicio. Este es el caso chileno, donde la misma Corte Suprema ha señalado que “El espíritu del Decreto Ley N°2.758, publicado en el Diario Oficial de 6 de julio de 1979 y continente de lo que en su tiempo fue conocido como Plan Laboral, queda trasuntado en el epílogo de sus considerandos introductorios: “...de modo que el recurso de la huelga sólo se adopte en casos en que sea imposible lograr una solución, con los riesgos consiguientes para empleadores y trabajadores.” El entendimiento de la huelga como peligro explica el tenor de su artículo 58 inciso segundo: “...durante la huelga el empleador seguirá administrado la empresa y realizando cualquier función o actividad propia de ella, para cuyo efecto podrá contratar los trabajadores que considere necesarios.”¹⁰⁸

Como señala UGARTE, existe “una suerte de rechazo ideológico a la huelga por ver en ella una patología en las relaciones laborales, lo cual ha venido a ser sostenido- sin mayor pudor- por la Sala Laboral de la Corte Suprema, la que- en su época más oscura para el Derecho del Trabajo (2006-2014)-, ha afirmado que se trata de un “desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva”, por lo que “corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente el desarrollo económico del país” (sentencia de fecha 15/05/2008, en causa Rol N°995-2008, de la Corte Suprema).¹⁰⁹

4.2 REFORMA LABORAL. EL GOLPE DE GRACIA AL SINDICALISMO CHILENO.

El 29 de agosto del 2016 y luego de casi dos años de tramitación, el ejecutivo promulga la Ley N° 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales y que regula en sus artículos 359, 360 y 361 los servicios mínimos y los equipos de emergencia.

El artículo 359 inciso 1 señala que sin afectar el derecho a huelga en su esencia, la comisión negociadora deberá proveer personal en las siguientes hipótesis: a) protección de bienes corporales, b) protección de las instalaciones de la empresa y c) prevención de accidentes y, además, se deberá garantizar: d) la prestación de servicios de utilidad pública, e) la atención de necesidades básicas de la población (incluidas las relacionadas con la vida la seguridad o la salud de las personas y f) la prevención de daños ambientales. Además, señala que los criterios que se deben utilizar para el establecimiento de dichos servicios son el tamaño y características de la empresa.

Para una esquematización de la jurisprudencia en esta materia véase SIERRA HERRERO, Alfredo, “Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga” en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, año 17, número 1, 2010.

¹⁰⁸ Considerando número 14, Corte Suprema de Chile, Resolución N°260.644, 4 de diciembre de 2014.

¹⁰⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, “La huelga en el Derecho Laboral chileno: superando el espejismo” en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, volumen IV, número 4, 2014, p.64.

Posteriormente, en el inciso 4 del artículo 359 se indica que si el sindicato no provee el equipo de emergencia¹¹⁰ el empleador podrá adoptar las medidas que estime necesarias para atender los servicios mínimos, incluyendo la contratación de estos servicios¹¹¹.

En el artículo 360 incisos 1 y 2 señalan que la oportunidad para identificar los servicios mínimos de la empresa, el número y las competencias profesionales o técnicas de los equipos de emergencia será antes del inicio de la negociación colectiva, donde se realizará un proceso de negociación entre el empleador y los sindicatos. Posteriormente, en el inciso 8 del artículo 360 establece que si no se llegase a alcanzar acuerdo se deberá recurrir a la Dirección Regional del Trabajo. Por último, el inciso 11 del mismo artículo señala que la resolución dictada por la Dirección Regional del Trabajo solo será reclamable al Director Nacional del Trabajo.

Si atendemos los supuestos, podemos concluir que las tres primeras hipótesis se refieren a un servicio mínimo de seguridad, sin embargo, se amplía el ámbito de aplicación del servicio mínimo, ya que incorpora la protección de bienes corporales. En este supuesto se refleja la ideología imperante al momento de redactar este artículo, donde se comprueba que al poder legislativo no le gusta la huelga, ya que excluye su elemento esencial, recordemos que “la huelga es una ruptura respecto de los principios de derecho privado de las sociedades capitalistas, en cuanto supone un daño deliberado en la propiedad privada y la producción empresarial, pasando a llevar de este modo unas cuantas ideas claves del derecho civil como siempre lo hemos conocido.”¹¹² Por ende, la protección del bien corporal en una huelga solo puede significar la ineficacia de la huelga.

Por otro lado, podemos señalar que el legislador entiende que los supuestos en los que se pueden establecer servicios mínimos de funcionamiento son aquellos que buscan garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población (incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas) y la prevención de daños ambientales o sanitarios. Recordemos que los servicios de utilidad pública es una terminología utilizada por la Comisión de expertos para referirse a “servicios no esenciales donde a juicio de la OIT no se puede prohibir la huelga, pero sí imponerse un servicio mínimo de funcionamiento”¹¹³, por lo tanto, el primer supuesto sería correcto y respetuoso de la normativa internacional.

Ahora bien, los otros dos supuestos hacen referencia a las necesidades básicas de la población y a la prevención de daños ambientales y sanitarios. Estas hipótesis no puede subsumirse en ninguna de las causales que la OIT establece para que proceda un servicio mínimo de funcionamiento, peor aún, la idea de que la salud, seguridad y vida de las personas es una

¹¹⁰ Es definido en el artículo 359 inciso segundo que señala: “El personal destinado por el sindicato a atender los servicios mínimos se conformará con trabajadores involucrados en el proceso de negociación y recibirá el nombre de equipo de emergencia. Sus integrantes deberán percibir remuneraciones por el tiempo trabajado”

¹¹¹ Aquí se incorpora el remplazo en huelga como una sanción frente al incumplimiento de servicios mínimos.

¹¹² UGARTE CATALDO, José Luis; Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica, ob. cit., pp. 98-99.

¹¹³ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”, ob. cit., p. 23.

especie cuyo género son las necesidades básicas de la población complejiza aún más una interpretación armónica de esta norma, ya que distancia en demasía la idea de que los servicios mínimos se pueden establecer para satisfacer los servicios esenciales en sentido estricto¹¹⁴. Tampoco podemos subsumir estos supuestos al de crisis nacional aguda, ya que esa hipótesis incluye un criterio de duración y de extensión que no están presentes en el respectivo artículo, el que solo hace referencia al tamaño y las características de la empresa como elementos que se deben tener en consideración para determinar la procedencia de servicios mínimos¹¹⁵.

Compartimos, por ende, el análisis de que existe una confusión y errores graves a la hora de fijar estas hipótesis de procedencia, ya que “son concebidos de forma independiente a los servicios esenciales, y en segundo lugar, porque los supuestos para su aplicación van más allá de la afectación a esferas jurídicas, confundiendo el conflicto que se deriva de la huelga abusiva, con el que nace a raíz de la colisión del derecho de huelga con los servicios esenciales.”¹¹⁶

Esta extensión de supuestos de procedencia es tan amplio que podría ser un golpe fatal para las organizaciones sindicales, ya que transforma a los servicios mínimos en una alternativa al remplazo de trabajadores en huelga, pero ahora gratuito y a cargo de los mismos sindicatos. “En este sentido, aparece de manifiesto que el reemplazo de trabajadores en huelga no se corresponde a algunas de las condiciones previstas por los órganos de control de la OIT que permitan limitar o restringir el derecho de huelga, ni mucho menos se puede asemejar a los denominados servicios mínimos. De esta manera, consideramos que nuestra normativa nacional no se ajustaría a los términos planteados por los órganos de control de la OIT en esta materia.”¹¹⁷

Con esta nueva realidad las organizaciones sindicales están en una peor situación que con el Plan Laboral de José Piñera, ya que este concebía a la huelga como “un instrumento de los trabajadores para demostrar con precisión el aporte que ellos, como equipo, realizan a la empresa en productividad.”¹¹⁸ Sin embargo, ahora ni siquiera se busca demostrar esto, ya que al no ser necesario contratar a trabajadores que replacen a los huelguistas, ya que ese objetivo lo alcanzaré por medio de los servicios mínimos, es imposible saber cual es el perjuicio en la producción. Bajo estos nuevos parámetros la huelga ya no sirve, porque pierde la única función a la que estaba limitada en nuestro ordenamiento y confirma que el legislador, a pesar de

¹¹⁴ Esta idea es reafirmada en el artículo 362 del proyecto donde regula los servicios esenciales con los mismos supuestos y prohibiendo la huelga.

¹¹⁵ Como hemos afirmado en el acápite anterior, estos son algunos de los criterios que deben considerarse para motivar la existencia de servicios mínimos en un caso en concreto, faltando el de temporalidad y extensión territorial.

¹¹⁶ VARAS MARCHANT, Karla; TOLEDO CORSI, César, “*La Reforma Laboral y los estándares internacionales de derechos humanos*” en VIAL SOLAR, Tomás, Informe Anual Sobre Derecho Humanos en Chile 2015, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2015, pp.109-110.

¹¹⁷ AZÓCAR SIMONET, Rodrigo; CRUZ GONZÁLEZ, Álvaro, “*Limitaciones al Derecho de Huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la reforma laboral*”, ob. cit. , p.157.

¹¹⁸ PIÑERA ECHENIQUE, José, *La Revolución Laboral en Chile*, ob. cit., p. 51.

considerarla un derecho fundamental, estima que es un elemento indeseable que debiese desaparecer.

Otra crítica que se puede realizar a la regulación de los servicios mínimos apunta a la oportunidad en que se negociará su establecimiento. El legislador señala, en el artículo 360 inciso 3, que las negociaciones deben partir, a lo menos, 180 días antes del vencimiento de la vigencia del instrumento colectivo anterior. Esta es una situación que generará una medición de fuerzas entre ambas partes, pero la parte trabajadora no tendrá todas las herramientas necesarias para presentarse a una negociación en condiciones de igualdad, por ejemplo, los que negocien no tendrán fuero¹¹⁹. Bajo esta nueva realidad, el empleador podrá condicionar el éxito o fracaso de una negociación colectiva 6 meses antes de que esta acontezca¹²⁰ y con la ventaja de que el trabajador no tiene herramientas ni garantías suficientes para evitar ese condicionamiento.

Por último, es cuestionable que no se pueda recurrir a los tribunales de justicia para efectos de reclamar acerca de la decisión sobre el establecimiento de servicios mínimos y que solo esta discusión quede restringida a la administración. Esto vulnera las consideraciones que ha tenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que indica que “otro elemento de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa que ha tenido desarrollo en el SIDH, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas.”¹²¹ Y, además, es una contravención directa del Comité de Libertad Sindical¹²² que, probablemente conllevará la pérdida de legitimidad en el establecimiento de estos servicios, así como la sobrecarga de la Dirección del Trabajo.

¹¹⁹ Se debe tener en consideración que en Chile existe un régimen de despido libre pagado. Para profundizar esta materia, véase MARZI MUÑOZ, Daniela, “*Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de reforma al derecho colectivo: El sendero de un legislador sin convicción*”, ob. cit., p.20.

¹²⁰ Es necesario tener en consideración que no existe un porcentaje máximo de número de trabajadores que deban prestar servicios mínimos, por ende, perfectamente podría suceder que se establezca que el sindicato debe prestar un 75% de los servicios de la empresa, dejándolo sin ningún poder negociador.

¹²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, Organización de los Estados Americanos, 2007, p.48

¹²² Organización Internacional del Trabajo, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ob. cit., párrafo 614.

CONCLUSIONES

Al inicio de este ensayo se ha demostrado que la huelga, desde una perspectiva jurídica, es un derecho fundamental consagrado en el derecho internacional, de forma implícita y explícita, en nuestra constitución y por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Una vez determinada la naturaleza jurídica de la huelga como derecho fundamental, se analizan las condiciones que debe cumplir su regulación atendiendo a esta importancia que el ordenamiento jurídico da a la huelga. Estas condiciones son clasificadas en competenciales, internacionales, materiales y lógicas. Si no se cumplen estas condiciones el Estado estaría limitando fácticamente estos derechos, lo que conlleva responsabilidad para este.

Ha medida que se van estudiando estas condiciones, puede concluirse que el ordenamiento jurídico nacional no cumple estos estándares necesarios para regular un derecho fundamental como la huelga. El derecho internacional y comparado supera esta problemática estableciendo servicios mínimos como un mecanismo de limitación efectivo de la huelga, que cumple con las condiciones recién señaladas y que, por ende, permite una limitación de la huelga atendiendo a su naturaleza de derecho fundamental.

Ahora bien, la sola consagración de servicios mínimos no implica un respeto de la huelga como derecho fundamental. Esta consagración debe contener ciertos elementos que permitan una limitación efectiva, pero respetuosa de la huelga.

El primer elemento que debiese estar en la consagración de servicios mínimos dice relación con los supuestos en que proceden. En este punto, hemos diferenciado los supuestos respecto de los servicios mínimos de funcionamiento y respecto de los servicios mínimos de seguridad.

Otro elemento que debiese estar presente en la regulación de los servicios mínimos apunta a quienes determinarán el establecimiento de los servicios mínimos. Esta decisión dependerá de quienes tienen un interés directo en la imposición de servicios mínimos, lo que conlleva que los servicios mínimos de funcionamiento son establecidos por trabajadores/poder público y los servicios mínimos de seguridad son fijados por trabajadores/empleador.

Además, un tercer elemento que debiese considerarse en la regulación o consagración de servicios mínimos, dice relación con la motivación que justifica el establecimiento del servicio mínimo. Consideramos que se debe motivar tanto la procedencia de los servicios mínimos, abstracta y concretamente considerados, así como la cantidad de trabajadores que serán necesarios para satisfacer las causas que justifican el establecimiento de este mecanismo limitador de la huelga. Para satisfacer estas motivaciones, el presente ensayo señala que puntos necesariamente deben estar expresados en una hipotética regulación.

Por último, se ha señalado el importante rol que juegan los tribunales de justicia como garantes del uso correcto de los servicios mínimos. No obstante, la actuación de los tribunales de justicia puede ser tardía y, por ende, transformar toda sentencia en una victoria pírrica. Ante

este riesgo se establecen tres posibles soluciones que permiten un efectivo actuar de los tribunales de justicia ante conflictos respecto del ejercicio de huelgas.

Teniendo claridad respecto a los elementos que debiesen encontrarse en una posible regulación de los servicios mínimos, el presente ensayo los compara con la regulación que tienen en nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos comprobar que en Chile no se cumplen con los estándares necesarios para regular de forma correcta los servicios mínimos, ya que se amplían las hipótesis de procedencia, la discusión respecto a su establecimiento no satisface la necesidad de igualdad en la negociación, se impide recurrir a los tribunales, entre otras problemáticas. Esto demuestra un trasfondo ideológico que sigue presente en nuestra regulación y que entiende a la huelga como un elemento indeseable que se debiese evitar y que si se produce debiese causar el menor daño posible.

En base a todo lo expuesto en este ensayo, podemos concluir que en Chile, a pesar de consagrar servicios mínimos, se sigue limitando fácticamente la huelga, es más, la regulación actual conlleva la extinción de la única función que le estaba correspondiendo a la huelga, cual era la determinación del valor del trabajo.

Bibliografía.

ALEXY, Robert, “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, número 11, enero-junio 2009.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2008.

AZÓCAR SIMONET, Rodrigo; CRUZ GONZÁLEZ, Álvaro, “*Limitaciones al Derecho de Huelga en Chile: Los servicios esenciales, el reemplazo de trabajadores y los servicios mínimos en el contexto de la reforma laboral*” en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, volumen 6, número 12, 2015.

BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Editorial Tecnos, 2º edición, Madrid, 1998.

BEN-ISRAEL, Ruth, *International Labour Standards: The Case of Freedom to Strike*, Kluwer Law and Taxation Publisher, Massachusetts, 1988.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “*El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica*” en Revista de Derecho, volumen 19, número 2, 2006.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo; UGARTE CATALDO, José Luis, *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008.

CABEZA PEREIRO, Jaime, “*La imposición de servicios mínimos*” en BAYLOS GRAU, Antonio, *Estudios sobre la Huelga*, editorial Bomarzo, Madrid, 2011.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 8º edición, Tecnos, Madrid, 2015.

COURTIS, Christian, “*Los derechos sociales en perspectiva*” en CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, Organización de los Estados Americanos, 2007.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *Compendio de Series Estadísticas 1990-2014*, Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, 2014.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *ENCLA 2014 Resumen Ejecutivo*, Dirección del Trabajo, Santiago de Chile, 2015.

DURÁN SANHUEZA, Gonzalo, *“Panorama sindical de la Negociación Colectiva en el Chile de los US\$22.655”*, Revista de Derecho y Seguridad Social, Volumen 3, 2013.

ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, 3º edición, Montevideo, 2012.

ERMIDA URIARTE, Oscar, *Sindicatos en Libertad Sindical*, 2º edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos *“El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo”* en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, *Justicia Administrativa*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *“Sobre los derechos fundamentales”* en CARBONELL, Miguel, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, LegalPublishing, 2º edición, Santiago de Chile, 2011.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *“El derecho de huelga en la Constitución chilena”* en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 20, número 1, 2013.

GARCÍA, Héctor Omar, *“Servicios Esenciales, Servicios Mínimos y Autorregulación: Sobre garantías al derecho de huelga y límites al poder del Estado”* en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 2006.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, *“Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”* en *Revista Internacional del Trabajo*, Volumen 117, número 4, 1998.

KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Centro de publicaciones Ministerio de trabajo y seguridad social, Madrid, 1987.

MARZI MUÑOZ, Daniela, *“Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de reforma al derecho colectivo: El sendero de un legislador sin convicción”* en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, volumen 3, número 4, 2015.

MENDEL, Rodrigo, *Informe Anual de Huelgas Laborales en Chile año 2014*, Centro de Estudios de Conflicto y Cohesión Social, Santiago de Chile, 2015.

MONEREO PÉREZ, José Luis, *Derecho de Huelga y Conflictos colectivos: estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, Granada, 2012.

MONTOYA MELGA, Alfredo, *“Los límites del derecho de huelga: presente y futuro”* en ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *Cuestiones Laborales de actualidad. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Dr. Feliciano González Pérez*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Organización Internacional del Trabajo, Quinta Edición, Ginebra, 2006.

PALACIOS PÉREZ, Orompello, “*La huelga y su tratamiento por los tres poderes del Estado*” en Revista de la sociedad chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, número 11, 2015.

PIÑERA ECHEÑIQUE, José, La revolución laboral en Chile, Editorial Zig-Zag, Santiago de Chile, 1992.

RAFFAGHELLI, Luis, “*Conflictos en los servicios esenciales: fijación de los servicios mínimos. Aspectos conflictivos. Doctrina judicial*” en Revista Gaceta Laboral, volumen 13, número 3, 2007.

RODRIGO SILVA, Claudia, “*Derecho colectivo del trabajo en Argentina: Un modelo a considerar en Chile*” en Revista de Derecho, Volumen XXVI, número 1, 2013.

RIOS SALMERÓN, Bartolomé, “*Sobre huelga y procedimientos de solución de conflictos*” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 17, 1993.

SIERRA HERRERO, Alfredo, “*Nueva justicia laboral y el reemplazo en la huelga*” en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, año 17, número 1, 2010.

SILVA CAJAS, María Violeta, “*El derecho a huelga en Chile: el delgado hilo que sostiene su existencia*” en Revista de la sociedad chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, número 11, 2015.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Eurne, “*Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas*” en BAYLOS GRAU, Antonio, Estudios sobre la Huelga, editorial Bomarzo, Madrid, 2011.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo, “*Las limitaciones a los derechos fundamentales*” en Estudios Constitucionales, año 8, número 2, 2010.

UGARTE CATALDO, José Luis; Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2014.

UGARTE CATALDO, José Luis, “*La huelga en el Derecho Laboral chileno: superando el espejismo*” en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, volumen IV, número 4, 2014.

VARAS CASTILLO, Mario, Libertad Sindical y Negociación Colectiva en Chile: un diagnóstico de la ley N°19.759, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, agosto 2003.

VARAS MARCHANT, Karla; TOLEDO CORSI, César, “*La Reforma Laboral y los estándares internacionales de derechos humanos*” en VIAL SOLAR, Tomás, Informe Anual Sobre Derecho Humanos en Chile 2015, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2015.