



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho



MODALIDADES DE HUELGA.

Críticas y soluciones para una posible incorporación de las modalidades “atípicas” de huelga en el ordenamiento jurídico chileno.

Memorista: Gabriel Pizarro Montecinos

Profesor guía: Dr. Eduardo Caamaño Rojo

Valparaíso. 2016

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPCIÓN DE HUELGA, RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y NACIONAL | |
| 1. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE HUELGA: LA LIBERTAD SINDICAL..... | 5 |
| 2. CONCEPTO DE HUELGA: CONCEPCIÓN TRADICIONAL VS CONCEPCIÓN MODERNA..... | 10 |
| 3. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE HUELGA: REFERENCIA AL RANGO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE..... | 16 |
| 4. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA EN CHILE: REFERENCIA A LA HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS ESENCIALES..... | 21 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: MODALIDADES DE HUELGA Y VENTAJAS DE SU APLICACIÓN | |
| 1. NOCIÓN GENERAL DE LA ATIPICIDAD EN LAS MODALIDADES DE HUELGA: REFERENCIA A LA HUELGA POLÍTICA Y SOLIDARIA..... | 29 |
| 2. ENUMERACIÓN NO TAXATIVA DE LAS MODALIDADES DE HUELGA..... | 33 |
| 3. VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LAS MODALIDADES “ATÍPICAS” DE HUELGA..... | 42 |
| CONCLUSIÓN..... | 45 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 49 |

INTRODUCCIÓN

En toda sociedad civilizada, se vislumbra al conflicto como una parte consustancial del sistema de relaciones humanas, mirado no desde un punto de vista negativo, como algo que se busca evitar a toda costa, sino todo lo contrario, como un elemento positivo del mismo, el cual debe ser regulado correctamente. Por ello, el pluralismo conflictual, se entiende que reconoce al conflicto como una característica esencial de la sociedad y lo considera como un valor positivo, institucionalizándolo como medio de integración y de progreso del sistema social¹. Por lo tanto, podemos apreciar que el sistema debe encargarse de controlar el conflicto, en especial en aquellos ámbitos en los cuales este es más frecuente y sensible, como ocurre en el caso del trabajo dependiente, en el que, el trabajador realiza una labor por cuenta ajena, consistente en poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, en la que presta un servicio, realizando actos o ejecutando obras, a cambio de una remuneración². Por esta situación evidentemente asimétrica, los intereses de los empleadores y trabajadores están en constante conflicto. Comprendemos que el grado más álgido del conflicto se vislumbra cuando el poder empresarial choca con el poder de los trabajadores colectivamente enfocados en un fin específico (sea cual sea el contenido de dicho fin). Por ello, cobra gran relevancia la libertad sindical, y especialmente una de sus más grandes manifestaciones, el derecho de huelga, ya que, en este punto el conflicto de intereses ha llegado a su clímax máximo.

En nuestro país, la libertad sindical y el derecho de huelga, han formado parte de aquellos derechos de los cuales gozan los trabajadores concertados colectivamente, principalmente a través de las organizaciones sindicales. Sin embargo, a la hora de precisar el contenido de dichos derechos, nos enfrentamos ante una evidente ambigüedad en nuestra normativa nacional actual, siendo necesario que la doctrina y jurisprudencia se encarguen de explicar con mayor claridad y abundancia los términos constitucionales y legales, utilizando principalmente como referencia la normativa internacional acerca de la materia, por ser considerada un estándar aceptable por la comunidad internacional.

En el particular, no resulta fácil establecer, que entendemos por huelga en términos sociales y jurídicos, ya que, como señala Ermida³ la huelga es el instituto más atípico, de la parte más atípica, de la rama más atípica del derecho. Por lo mismo, evidenciamos la difícil tarea que tenemos enfrente, al buscar precisar y aclarar el contenido de las modalidades de huelga, que ya en sí mismas son reconocidas por la gran mayoría de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional como “atípicas”. Además, resultan ser pocos los autores, quienes han desarrollado el tema a profundidad, en especial a nivel nacional, ya que, la gran mayoría trata a la huelga desde una perspectiva legalista, es decir, como una fase del procedimiento de negociación colectiva reglada.

¹ MELLA CABRERA, Patricio; DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, *Trabajo y derecho: Un padre ausente, el conflicto social*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1 (2015), p. 134.

² ARTURO DE DIEGO, Julián, *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social* (5° Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002), p. 30.

³ ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilización de la huelga* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999), p. 11.

En este trabajo, debemos destacar que no ahondaremos a cabalidad en el sentido normativo legal de la huelga, ni tampoco, la esencia misma de la venidera Reforma Laboral propuesta por el ejecutivo a fines del año 2014, ya que, ambas tratan a la huelga de una manera reglada y restrictiva, no dando espacio a un mayor desarrollado de las modalidades que puede tomar la huelga. Todo ello, porque la huelga tanto en la normativa legal actual, como en la Reforma Laboral es reducida, como hemos dicho, a una fase del procedimiento de negociación colectiva reglada. Por lo tanto, nuestro estudio se dirige principalmente a las normas más importantes del sistema de fuentes, hablamos de los tratados internacionales y la Constitución, ya que, estas normas a nuestro parecer logran un mejor entendido sobre la materia, y con ellas podremos lograr un reconocimiento de las modalidades de huelga en nuestro ordenamiento jurídico, a través de las interpretaciones que la doctrina nacional e internacional, y los órganos principales de control a nivel internacional han elaborado sobre la materia.

Es importante abordar el tema de las modalidades de huelga, ya que, su reconocimiento implica un mayor catálogo de conductas (acciones u omisiones) que pueden llevar a cabo los trabajadores para defender sus intereses colectivos. Además, es importante su reconocimiento, ya que, la huelga es el derecho más relevante a la hora de reequilibrar la relación laboral, debido a su evidente asimetría, por gozar el empleador de mayores prerrogativas en relación a los trabajadores, por ello, es fundamental que los trabajadores estén revestidos de los medios más idóneos y eficaces para hacer peso a los amplios poderes con que cuenta el empleador, siendo las modalidades de huelga una de sus herramientas más benéficas.

El presente trabajo se dividirá en dos capítulos, los cuales tienen como objetivo principal, demostrar que a pesar de todo, es posible afirmar que nuestro país reconoce las diversas modalidades de huelga, que han sido desarrolladas principalmente a nivel doctrinal, formulando además, una enumeración de las mismas (enumeración que por esencia no es taxativo).

El primer capítulo, se encuentra dividido en cuatro títulos: el primero de ellos, tiene como finalidad abordar el fundamento del derecho de huelga, es decir, la libertad sindical, precisando su contenido a nivel internacional y nacional; el segundo, aborda de lleno la huelga, estableciendo que debemos entender por tal, realizando algunas precisiones dentro del marco teórico, y principalmente distinguiendo entre dos concepciones diversas de la misma (huelga tradicional vs huelga moderna); el tercero, se preocupa de la huelga a nivel internacional, es decir, que han entendido por derecho de huelga los principales instrumentos internacionales sobre la materia, además, nos encargamos de hacer una importante referencia acerca de la jerarquía que tienen los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, para ver la incidencia de aquellos instrumentos internacionales en nuestro derecho interno; finalmente, en el cuarto título, tocaremos el tema del reconocimiento constitucional del derecho de huelga, para ver como la norma madre a regulado y reconocido este tan importante derecho, haciendo referencia a tópicos tan importantes como los servicios esenciales en la huelga y la huelga de los funcionarios públicos, pero el foco principal apunta a las diversas teorías acerca de si nuestra Constitución reconoce o no el derecho de huelga.

El segundo capítulo, se encuentra dividido en tres títulos: el primero de ellos, tiene como finalidad precisar que entendemos por huelgas “atípicas”, realizando algunas distinciones para no confundir al lector, ya que, se tiende a incluir en dicha nomenclatura figuras las cuales en estricto rigor no son modalidades de huelga; el segundo, busca lograr una enumeración no taxativa de las diversas modalidades de huelga que han sido reconocidas básicamente por la doctrina, además, señalaremos algunas modalidades que pueden incluso caer en la categoría de delitos penales; finalmente el tercer título, tiene como objetivo señalar las ventajas de reconocer las modalidades de huelga en nuestro derecho nacional, para demostrar que su reconocimiento es algo que nuestro país no puede dejar de lado, que debería ser tomado en cuenta en venideras reformas laborales.

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPCIÓN DE HUELGA, RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y NACIONAL

1. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE HUELGA: LA LIBERTAD SINDICAL

Antes de comenzar con el estudio de la huelga en términos generales, debemos referirnos a su fundamento, el cual lo encontramos en la piedra angular del derecho colectivo del trabajo, hablamos de la libertad sindical. Varios autores han definido la libertad sindical desde una sola perspectiva, como por ejemplo, Macchiavello⁴ que comprende que “la libertad sindical significa el derecho de constituir con otros trabajadores un sindicato o una organización primaria; constituir otro u otros; disolverlos; afiliarse a un sindicato ya existente; desafilarse; la constitución de sindicatos en empresas o por oficio o profesiones; la constitución de sindicatos en forma territorial; la formación de federaciones y confederaciones; la disolución de ellas; la afiliación y la desafilación de sindicatos a unas y otras”. Otro ejemplo, de una definición de libertad sindical que se inclina por abordar una sola perspectiva de la misma, comprende que se trata de “el derecho atribuido a todo ciudadano, trabajador o empresario, de crear sindicatos, de ingresar a los existentes, o de pertenecer o no a ellos”⁵. Estos autores, entre otros, solo se centran como dijimos en una sola perspectiva, en la faz orgánica de la libertad sindical, es decir, el derecho de sindicación, el cual, se refiere a “la facultad de constituir, organizar, afiliarse y desafilarse de una organización sindical”⁶, dejando de lado la perspectiva que concreta y hace efectivo este derecho fundamental, es decir, la faz funcional. La faz funcional se compone principalmente del derecho de negociar colectivamente y el derecho de huelga. Se entiende que la faz funcional es, “la tutela y promoción de la “actividad sindical”, a fin de hacer una efectiva defensa de los intereses representados por la organización”⁷. Esta tríada (derecho de sindicación, derecho de negociar colectivamente y derecho de huelga) constituye el núcleo duro y principal de la libertad sindical. En términos similares lo entiende Ermida⁸, al referirse a los tres pilares fundamentales del derecho colectivo del trabajo (de estos tres pilares al igual podemos extraer los tres derechos anteriormente enunciados), la triangularidad (autonomía sindical, autonomía colectiva y autotutela).

Por lo anteriormente enunciado, dejaremos de lado aquellas definiciones de libertad sindical señaladas hasta ahora (por no tomar en cuenta la faz funcional), y también, por considerarlas desprovistas de eficacia, en atención a que en los hechos los trabajadores no pueden hacer realidad sus pretensiones legítimas, debido a que si bien cuentan con la facultad de constituir y de disolver sindicatos, no gozan de las herramientas necesarias para concretar y plasmar en la realidad los fines que estos se propongan. Por lo tanto, los trabajadores estarían gozando de una institución la cual no posee finalidad alguna, ya que,

⁴ MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido, *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989), p. 122.

⁵ GARCÍA ABELLÁN, Juan, *Introducción al derecho sindical*, cit. por VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El sindicato en el derecho Argentino*, (Buenos Aires, Astrea, 1981), p. 74.

⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo; UGARTE CATALDO, José Luis, *Negociación colectiva y libertad sindical un enfoque crítico* (Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 13.

⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo* (2º Edición, Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 56.

⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 9.

la concreción de sus eventuales aspiraciones se ve vedada por la inoperatividad de los medios idóneos para lograr sus objetivos. Además, una sociedad democrática y pluralista requiere, organizaciones sindicales fuertes, que puedan cumplir sus objetivos, entre otros, el de representar eficazmente los intereses y derechos de los trabajadores⁹.

Por lo ya recalado en el párrafo anterior, es que trabajaremos sobre la base de conceptos que comprendan los dos ámbitos de la libertad sindical. Nos parece apropiado comenzar con la noción de libertad sindical elaborada por el profesor Gamonal¹⁰, el cual comprende por tal, el “derecho de los trabajadores y sus agrupaciones para organizarse y defender sus intereses comunes”. A partir de esta definición, ya podemos dilucidar las dos dimensiones con las cuales debe contar este derecho fundamental. Sin embargo, es más adecuado y preciso trabajar en base a la siguiente definición de libertad sindical, que entiende por tal, “el derecho que asiste a los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafilarse 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 de huelga”¹¹. Además, optamos por este concepto debido a que enuncia expresamente nuestro objeto de estudio, es decir, el derecho de huelga.

Como ya hemos establecido una definición clara, amplia e ideal (teóricamente hablando) de libertad sindical, debemos adentrarnos a como el derecho a reconocida esta prerrogativa de la cual gozan los trabajadores en el ámbito del derecho colectivo del trabajo. Por lo que, estudiaremos por un lado, su consagración positiva a nivel internacional, y por otro lado, su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

La libertad sindical a nivel internacional cuenta con un amplio reconocimiento en diversos instrumentos internacionales, sin embargo, no ahondaremos en cada uno de ellos, sino que más bien señalaremos cuales son los más relevantes, y cuál es el órgano más importante a nivel internacional sobre esta materia¹². En primer lugar, debemos referirnos a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo¹³, siendo los más importantes: el Convenio 87 de 1948 sobre Libertad sindical y la protección al derecho a sindicación¹⁴, y el Convenio 98 de 1949 sobre Derecho de sindicación y negociación colectiva¹⁵, ambos ratificados por Chile el año 1999. Además, podemos agregar la Declaración de la OIT sobre Principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998¹⁶. Esta declaración es

⁹ ROJAS MIÑO, Irene, *Los Desafíos Actuales del Derecho del Trabajo en Chile*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, N° 1 (2006), p. 247.

¹⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 59.

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. 4.

¹² Sobre la materia véase: GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., pp. 68 s.

¹³ En adelante OIT.

¹⁴ En adelante Convenio 87 de la OIT.

¹⁵ En adelante Convenio 98 de la OIT.

¹⁶ Sobre esta declaración nos interesa particularmente para efectos de este trabajo el punto 2, que establece lo siguiente: *Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad,*

importante, ya que, en términos generales establece el compromiso que tienen los Estados, por el solo hecho de pertenecer a la OIT, de respetar y promover el contenido de los convenios, aun cuando, no los hayan ratificado. Enunciamos primero estos instrumentos internacionales, debido a la gran influencia que tiene la OIT en el derecho del trabajo a nivel internacional, siendo los demás cuerpos jurídicos internacionales que enunciaremos a continuación, una concreción más amplia, ya que, no abarcan solo el terreno del derecho laboral, sino que también de otras ramas del derecho.

Otros tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes y que son de gran importancia en esta materia son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁷, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o como también se le suele denominar “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969¹⁸. Además, debemos destacar la Declaración Universal sobre Derechos Humanos^{19 20}. Cabe adelantar desde ya, que solo el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, menciona expresamente el derecho de huelga, sin embargo, nos referiremos a este tratado internacional más adelante, cuando toquemos de lleno el reconocimiento internacional del derecho de huelga.

Debemos reiterar que todos los instrumentos anteriormente enunciados se encuentran ratificados por Chile, por lo que, las demás normas que integran el ordenamiento jurídico nacional deben armonizar con las disposiciones contenidas en ellos²¹. Siendo un deber del Estado no solo reconocer, sino también, promover dichas normas en su ordenamiento jurídico interno. Todos estos instrumentos internacionales toman una concepción amplia de libertad sindical, ósea, una noción que comprende tanto su dimensión orgánica como su dimensión funcional. Por lo mismo, estas normas y principios constituyen a nuestro juicio un estándar internacional ideal respecto a que debemos

de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

(a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

(b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

(c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y

(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

¹⁷ Artículo 22 N° 1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”.*

¹⁸ Artículo 16 Convención Americana sobre Derechos humanos: *“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”.*

¹⁹ Artículo 23 N° 4 Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.*

²⁰ Si bien, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos no es un tratado internacional del cual se deriven obligaciones directas para los Estados, sin embargo, en la práctica dicha declaración, se comprende que es un ideal común al que todos los pueblos y naciones deben esforzarse. Además, con el paso del tiempo, es considerada como una expresión del derecho internacional consuetudinario, el cual toda sociedad civilizada no puede ignorar.

²¹ Más adelante nos referiremos al valor que tienen los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico.

entender por libertad sindical, y deben ser un modelo a seguir para todos los Estados miembros de la OIT.

Respecto a cuál es el órgano más importante en esta materia a nivel internacional, claramente este es el Comité de Libertad Sindical de la OIT fundado en 1951²², cuya función es estudiar las quejas sobre violaciones a los convenios sobre libertad sindical, con independencia de si los Estados objetos de aquella denuncia hayan o no ratificado los Convenios 87 y 98 de la OIT. Además, debemos mencionar a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones²³, hablamos de un órgano encargado de elaborar informes anuales y estudios generales encargados por el Consejo de Administración sobre el estado de la legislación y de las prácticas nacionales en lo referente a los asuntos tratados en uno o varios convenios²⁴. Ambos órganos juegan un papel crucial en la creación de un verdadero catálogo de principios de la libertad sindical a nivel internacional. Pese a que ambos órganos desarrollan funciones diversas, coinciden en puntos fundamentales acerca de la materia, por lo cual, ambos se complementan el uno al otro, creando una relación fructífera y de respeto mutuo que reina entre ambos órganos²⁵.

Como ya tenemos claro que es la libertad sindical desde un punto de vista internacional ideal, el cual, claramente constituye un estándar que nos sirve para valorar como han consagrado este derecho fundamental los diversos ordenamientos jurídicos del globo. Nos corresponde, abordar la consagración de la libertad sindical en nuestra Constitución Política de la República²⁶, para lo cual haremos una remisión y exposición breve de las siguientes disposiciones de la Carta Fundamental, las cuales son las normas más importantes en materia de libertad sindical:

- a) Artículo 19 N° 19 inciso 1° CPR: “El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria”. Esta norma claramente está haciendo alusión al ámbito organizativo de la libertad sindical, es decir, al derecho de sindicación (dimensión orgánica). Además, debemos señalar que la última parte de este inciso consagra la libertad sindical negativa, entendida como, “la libertad del trabajador para hacer abandono del sindicato o no pertenecer a sindicato alguno”²⁷. Nos parece criticable, la forma como nuestro constituyente inicia la consagración de la libertad sindical, ya que, solo hace hincapié de una de sus manifestaciones (derecho de sindicación), haciendo omisión del derecho de negociar colectivamente y el derecho de huelga.
- b) Artículo 19 N° 19 inciso 2° CPR: “Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley”. Esta disposición consagra la libertad sindical positiva, junto con el inciso primero del mismo artículo

²² En adelante el Comité.

²³ En adelante la Comisión.

²⁴ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, N° 4 (1998), p. 61.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ En adelante CPR.

²⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *ob. cit.*, p. 67.

y numeral anteriormente enunciado. Dicha disposición no merece mayor comentario por su sencilla y clara redacción.

- c) Artículo 19 N° 19 inciso 3° CPR: “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas;”. Establece la denominada, autonomía colectiva, la cual implica que los sindicatos pueden utilizar los dos instrumentos básicos de que disponen: la negociación colectiva y la huelga²⁸. Si bien, la autonomía colectiva supone el reconocimiento del derecho de negociar colectivamente y el derecho de huelga, hubiera sido preferible una referencia expresa a dichos derechos, para ser más precisos y directos en relación al contenido de la libertad sindical.
- d) Artículo 19 N° 16 inciso 5° CPR: “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”. Relacionado evidentemente al derecho de negociar colectiva. Solo mencionaremos esta disposición, ya que, la negociación colectiva es otro de los pilares fundamentales de la libertad sindical, y por lo mismo merece un estudio que la abarque a cabalidad.
- e) Debemos enunciar por ahora dos disposiciones muy relevantes, de las cuales nos haremos cargo más adelante. El artículo 19 N° 16 inciso 6° CPR, disposición que consagra el derecho de huelga en sentido negativo, y el artículo 5 inciso 2° CPR, norma clave a la hora de referirnos a cuál es el rango de los tratados internacionales sobre derecho humanos en nuestro ordenamiento jurídico²⁹.

En relación a lo expuestos anteriormente, podemos concluir que la CPR consagra la libertad sindical en un sentido amplio, al igual que lo hacen los instrumentos internacionales anteriormente enunciados. Particularmente el profesor Ugarte³⁰ es el encargado de establecer el razonamiento en virtud del cual, comprendamos que la Constitución consagra la faz funcional de la libertad sindical, relacionando la disposición del artículo 19 N° 19 CPR con el artículo 19 N° 16 incisos 5° y 6° CPR. En particular, esta última disposición consagra el derecho de negociar colectivamente y el derecho de huelga (en un sentido negativo), por lo cual una interpretación armónica de las normas constitucionales nos daría a entender que el constituyente no solo se preocupó del derecho de sindicación, sino que también, de las herramientas con las cuales se hace realidad la defensa de los intereses de los trabajadores.

²⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Efectos de la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, en el derecho colectivo chileno*, en *Revista Laboral Chilena*, (Noviembre, 1999), p. 83.

²⁹ Estas materias serán tratadas más adelante, en los dos últimos títulos de este capítulo.

³⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, *Libertad sindical y Constitución: Como superar una vieja lectura*, en *Revista Laboral Chilena*, N° 86 (Mayo, 2000), pp. 70 s.

Como conclusión, podemos decir que, tanto nuestra Constitución como los tratados internacionales sobre la materia comprenden a la libertad sindical en un sentido amplio, es decir, no solo se refieren a la facultad de constituir sindicatos, sino que también hacen mención de los mecanismos necesarios para darle vida a aquella entidad. Sin embargo, todo esto como veremos se hace “trizas” a la hora de ver como el constituyente y el legislador consagran y regulan los mecanismos de protección de los intereses de los trabajadores concertados colectivamente. Todo esto, llevara a duras críticas al sistema actual chileno, por parte de los diversos operadores jurídicos. Sin embargo, al menos en el campo constitucional, podremos ver algo de “luz al final del túnel”, lo cual, lamentablemente no podremos decir a la hora de analizar la legislación vigente y Reforma Laboral venidera.

2. CONCEPTO DE HUELGA: CONCEPCIÓN TRADICIONAL VS CONCEPCIÓN MODERNA

A la hora de definir aquel fenómeno social denominado “huelga”, debemos tener presente los poderes que se encuentran en juego dentro del contexto del derecho del trabajo, como bien sabemos, lo que diferencia a esta rama del derecho de otras, es la relación de subordinación y dependencia³¹, en atención a que vemos que el trabajador se encuentra al servicio del empleador. El legislador no ha definido el término “subordinación y dependencia”, de ello se ha encargado la doctrina³², pero en general podemos entender que la subordinación y dependencia, “es el poder de mando, dirección, control y fiscalización que ejerce el empleador sobre el trabajador, directa o indirectamente, dentro de los términos del contrato”³³, otorgándole el ordenamiento jurídico una serie de prerrogativas como lo son un poder de dirección, disciplinario, medidas de buen servicio, etc. En virtud de lo anterior, es que se predica que una de las características de esta rama del derecho, es que se trata de un derecho clasista, ya que, principalmente persigue amparar al económicamente más débil para colocarlo en un pie de relativa igualdad con el poderoso al contratar sus servicios. Pretende compensar con una superioridad jurídica, la inferioridad económica³⁴. Ante esta relación evidentemente asimétrica, el derecho les confiere a los trabajadores un uso mínimo de la fuerza en materia colectiva del trabajo, hablamos del derecho de huelga principalmente. Por tanto un mínimo, en atención a que la huelga es una medida que se caracteriza por ser excepcional, y al mismo tiempo costosa. Por ello, vemos que a pesar de que exista una consagración “ideal” del derecho de huelga, sigue siendo la relación muy asimétrica, debido a las mayores prerrogativas del empleador. Vemos que, aunque el ordenamiento jurídico consagre un derecho de huelga acorde a todas las exigencias de un Estado Democrático de Derecho, la relación seguirá siendo asimétrica, debido a las mayores prerrogativas con las cuales cuentan los empleadores en relación a los trabajadores. Cabe destacar que el empleador al igual goza de un mecanismo de autotutela

³¹ Básicamente este es el elemento que diferencia al contrato de trabajo del contrato civil. Algunos ejemplos de trabajadores del derecho civil (contrato a honorario, lo que comúnmente se denomina “boletear”) son los gasfiter independientes, o médicos o abogados en su consulta privada. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El ABC del contrato de trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2013), p. 6.

³² Sobre la materia véase: URZÚA MANCILLA, Leandra, *El vínculo de subordinación y dependencia, como elemento del contrato de trabajo* (Santiago, Lexis Nexis, 2003). UGARTE CATALDO, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo* (Santiago, Editorial Universitaria, 2004), pp. 21 s.

³³ LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato Individual de Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 100.

³⁴ *Ibíd*, pp. 15 s.

colectiva, el denominado cierre patronal, huelga patronal o lock-out, el cual se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 375 y siguientes del Código del Trabajo³⁵ con un carácter defensivo, ósea que tiene por objeto presionar a los huelguistas para que estos finalicen su movilización. Sin embargo, existe acuerdo por parte de la doctrina en que se trata de un derecho de rango menor que la huelga, en el entendido de que esta última es vital para los trabajadores, debido a su desnivel de poder con el empleador³⁶.

Por lo anterior, y siguiendo a Gamonal³⁷ nos parece más adecuado referirnos a la huelga en un sentido positivo y no en un sentido negativo, es decir, es más preciso aludir a la huelga como una medida de reequilibrio, ósea, se trata de fuerza o poder que equilibra una fuerza o poder contraria, la del empleador. En vez, de entenderla en un sentido negativo, como simplemente autotutela y medida de fuerza. Ermida³⁸ al igual sigue esta forma de comprender a la huelga, destacando su función equilibradora y de autotutela. Por lo dicho, vemos que este derecho reviste una gran relevancia, ya que, su inobservancia o mala regulación, puede conllevar a una grave injusticia en el marco de las relaciones laborales. También, resulta relevante esta figura, en atención a su función garantizadora, ya que, la huelga opera por un lado, como una suerte de fuente del derecho, al constituirse como una especie de catalizador de acuerdos y, por otro lado, como una suerte de garantía del cumplimiento del derecho, por ejemplo, cuando los trabajadores van a huelga porque el empleador incurre en una práctica desleal³⁹. Además, la huelga es un derecho especialmente sensible para el logro de otros derechos sociales y laborales, como son el de condiciones dignas de vida del trabajador y su familia, y el derecho de un salario equitativo, entonces dicho derecho es especialmente relevante en Chile⁴⁰. Ahora, desde un prisma más enfocado a la ideología política subyacente en Occidente, resulta muy importante una regulación más promovedora de este derecho fundamental, debido al crecimiento desmesurado del poder que ha adquirido el soberano privado supraestatal difuso⁴¹, en nuestra sociedad de mercado.

No es un tema menor el proporcionar una definición acerca de nuestro objeto de estudio, ya que, ello nos permite dilucidar las fronteras del mismo. Comprendemos que “definir es limitar”, o más precisamente “definir es excluir”⁴², ya que, el objetivo de muchas definiciones es restringir el ámbito de aplicación del derecho de huelga, lo cual es contrario a lo que buscamos con este trabajo. Además, resulta importante establecer que entendemos por huelga, ya que, el legislador no define que debemos entender por tal, y claramente mucho menos se encarga de esa labor nuestro constituyente. Cuando hablamos de huelga tradicionalmente nos referimos a una “abstención colectiva de trabajo, donde la cesación de las labores es total, de carácter indefinido hasta que el conflicto no sea resuelto,

³⁵ En adelante CdT.

³⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 417.

³⁷ *Ibíd*, p. 363.

³⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 48.

³⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 96.

⁴⁰ UGARTE CATALDO, José Luis, *La Corte Suprema y derecho de huelga: Aquí no, por favor*, en *Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 4 (2009), p. 89.

⁴¹ CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón, *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado* (Madrid, Editorial Trotta, 1997), pp. 260 s.

⁴² ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 44.

sin que sean admisibles suspensiones en su ejecución”⁴³. Otro concepto restrictivo de huelga, comprende por tal, “un acto colectivo que consiste en la abstención concertada de trabajo, que ejecuta un sindicato o un grupo de trabajadores⁴⁴, dentro de un periodo limitado y con los requisitos legales, con el propósito de persuadir a su respectivo empleador para la suscripción de un contrato colectivo”⁴⁵. Sin embargo, estos conceptos tradicionales, a nuestro juicio nos parecen demasiado restrictivos, en atención al sin número de modalidades de acción u omisión que pueden tomar los trabajadores para alcanzar sus pretensiones legítimas. Por lo cual, optamos por un concepto moderno de huelga en nuestra actualidad, el cual, se caracteriza por ser más amplio. Las razones que han llevado a la ampliación del concepto de huelga son entre otras, la evolución en las formas de trabajo y el surgimiento de la denominada empresa flexible⁴⁶. La huelga en un sentido amplio podemos definirla en termino simples como “toda perturbación del proceso productivo, sea total o parcial, temporal o indefinida⁴⁷”. Siendo más abundantes con el termino podemos definirla como, “la medida de autotutela básica de los trabajadores, consistente en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta el trabajo, a través de la realización de diversos comportamientos posibles y, principalmente, de la abstención o cesación del trabajo, decididos de forma concertada y ejercidos colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses⁴⁸. Desde ya adelantaremos que, para quienes postulan un concepto tradicional de huelga, la definición moderna es lo que se conoce como formas atípicas de huelga⁴⁹. En cambio, para la concepción amplia o moderna estas son lisa y llanamente modalidades de huelga.

En cuanto a los fines perseguidos por este fenómeno social, podemos agruparlos en tres materias: de naturaleza laboral, sindical y política. Los fines de naturaleza laboral dicen relación con las mejoras de las condiciones de trabajo, los de naturaleza sindical con el desarrollo de las organizaciones colectivas de los trabajadores, y los de naturaleza política con una orientación de la política contingente⁵⁰. Sin embargo, nos parece más apropiado utilizar la siguiente postura, en atención a las finalidades de la huelga, la cual comprende que, una definición amplia de huelga debe prescindir de la imposición de fines u objetivos⁵¹. Por lo mismo, debemos entender que la huelga será lo que sus titulares comprendan por tal, dentro del contexto del conflicto colectivo concreto al cual nos estemos refiriendo, excluyendo todas aquellas formas de sabotaje. Esto último, comparte la

⁴³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 379.

⁴⁴ Sobre el tema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 20 (2008), pp. 419-444. Sin embargo, la Reforma Laboral sobre este punto elimina al grupo de trabajadores, dejando la tarea de negociar colectivamente con la empresa a la organización sindical. Ello de acuerdo a lo que establece el artículo 303 del proyecto de Reforma Laboral: “La negociación colectiva que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales (...)”

⁴⁵ MACCHIAVELLO, Guido, ob. cit., p. 445.

⁴⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 370.

⁴⁷ *Ibid*, p. 379.

⁴⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo* (16° Edición, Madrid, Editorial Universitario Ramón Areces, 2008), pp. 424 s.

⁴⁹ Se verá más adelante.

⁵⁰ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 13.

⁵¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 48.

Comisión, al estimar que las restricciones en relación a los tipos de huelgas solo se justificarían si la huelga pierde su carácter de pacífica⁵². Por lo tanto, la huelga como acción colectiva sirve para la tutela de todos los derechos e intereses de los trabajadores, entre los que podemos nombrar los siguientes: para negociar beneficios económicos, para mejorar las condiciones de seguridad e higiene, para que el empleador cumpla con las normas del CdT y con el contrato colectivo, por razones de solidaridad, por prácticas que atenten contra la libertad sindical, por desacuerdo con la política social y económica del gobierno, entre otras⁵³. En estrecha relación con los fines de la huelga, se encuentra el tema de su clasificación, se tiende a distinguir entre una huelga laboral, política y solidario. El criterio de distinción podemos comprender que es la causa que motiva la huelga. De esta clasificación nos haremos cargo más adelante.

Haremos una muy breve aclaración de lo que se conoce en doctrina como límites formales y materiales. Se comprende que los primeros “son los límites establecidos por la misma norma”. Por su parte, los límites materiales o sustanciales: “son aquellos que surgen de la aplicación de ciertos estándares jurídicos, que miden la forma en que se ejerce el derecho y los resultados que provocan”⁵⁴. Además, la doctrina italiana distingue entre límites internos y externos de la huelga⁵⁵. Sin embargo, vamos a prescindir de dichas distinciones, debido a que consideremos que solo es una creación doctrinal la cual busca coartar el ámbito de aplicación del derecho de huelgo, en otros términos, se trataría de una herramienta que puede prestarse para malas prácticas que llevarían a una vulneración de la libertad sindical. Aun así, comprendemos que el derecho de huelga no es un derecho absoluto y su ejecución no debe afectar otros derechos de terceros. Lo anterior justifica las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico en orden al mantenimiento de los servicios esenciales y respecto de algunos funcionarios públicos que actúan como órganos del poder público⁵⁶.

Antes de concluir esta perspectiva general de aquel fenómeno denominada huelga, debemos precisar la naturaleza jurídica de la misma, ya que, no es un tema de escasa relevancia la determinación de la naturaleza de una cierta institución, ya que, ello conllevará la fijación del estatuto jurídico aplicable a la misma.

Para comenzar, debemos dejar de lado aquella noción que comprendía a la huelga como un delito, por considerarla una aberrante calificación para la huelga dentro del contexto de un Estado Democrático de Derecho. En relación a este tema, en nuestra legislación existe una ley que califica a la huelga general como delito, hablamos de la ley 12.927 del año 1958, la Ley de Seguridad Interior del Estado⁵⁷. Nuestra opinión respecto a

⁵² GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 12.

⁵³ FUNDACIÓN SOL, *Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de relaciones laborales*. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/10/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf>

⁵⁴ PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, *El derecho de la huelga* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993), pp. 329 y 330.

⁵⁵ GIUGNI, Gino, *Diritto Sindacale*, cit. por GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 374.

⁵⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 374.

⁵⁷ Artículo 11 de la ley 12.927: “Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública; o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio

la huelga general como delito, coincide con el de Munilla⁵⁸ la cual, comprende que, ni el sistema colectivo del trabajo ni la tipología de huelga anómala y, particularmente, la huelga general, cumplen con los estándares constitucionales que el derecho a la libertad sindical exige. La democratización de las relaciones colectivas del trabajo impone un sistema de huelga que vaya más allá de la negociación colectiva, y que implique la canalización de demandas civiles y políticas que permitan cuestionar decisiones de autoridad en torno a los problemas laborales. Y ello obviamente pasa por la eliminación de cualquier tipo de penalización de la huelga.

Dicho lo anterior, enunciaremos las principales posturas acerca de la naturaleza jurídica de la huelga, para luego hacer una breve exposición de la postura que prima actualmente (solo enunciaremos las otras, por tratarse de un tema superado): la huelga sería la versión laboral colectiva de uno de los efectos particulares de los contratos bilaterales, hablamos de la excepción de contrato no cumplido⁵⁹; otra postura comprende que su naturaleza se asimilaría a la legítima defensa en materia penal⁶⁰; la siguiente postura (y que prima actualmente) comprende que la huelga es un derecho fundamental, un derecho humano esencial de la persona humana por el solo hecho de serlo, a fin de resguardar su dignidad humana⁶¹. Sin embargo, surgen algunas dudas a la hora de precisar si se trata de un derecho económico, social y cultural⁶², o si más bien, se trata de un derecho civil o político⁶³, pero, de lo que estamos claros es que se trata de un derecho fundamental. Por ello, comprendemos que su naturaleza jurídica se encuentra en el eslabón más alto de importancia en un Estado Democrático de Derecho, ya que, lo que define a esta clase de Estado como tal, es el respeto de los derechos fundamentales. Además, podemos decir que el derecho de huelga, es uno de los derechos que la doctrina denomina, derechos fundamentales específicos, entendiendo por tales, aquellos derechos atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al derecho del trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad⁶⁴.

producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, constituye delito y será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio. En la misma pena incurrirán los que induzcan, inciten o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior”.

⁵⁸ MUNILLA ESPINOZA, Verónica, *Crimen y castigo. La huelga general como delito. Los trabajadores como delincuentes*, en *Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 10 (2014), p. 203.

⁵⁹ Dicha postura es desechada, ya que, muchas veces lo que se busca con la huelga es la mejora de las condiciones laborales que se encuentra vigentes, lo cual no guarda relación con incumplimiento del empleador respecto de las cláusulas contractuales. Además, porque no nos parece adecuado analizar una institución propia del derecho laboral, en relación a instituciones propias de otras ramas del derecho.

⁶⁰ Al igual que la postura anterior, desecharemos esta forma de comprender a la huelga, debido a que no nos parece correcto analizar la huelga a la luz de una institución que es propia del derecho penal. Además, en nuestro derecho la legítima defensa es una eximente de responsabilidad penal, lo cual no guarda relación alguna con la huelga.

⁶¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 377.

⁶² También denominados derechos fundamentales de segunda categoría.

⁶³ También denominados derechos fundamentales de primera categoría.

⁶⁴ UGARTE CATALDO, José Luis, *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro*, en *Revista de Derecho*, vol. 20, N° 2 (Diciembre, 2007), p. 52.

Dicho lo anterior, corresponde aterrizar al plano de la realidad. En doctrina⁶⁵, es posible distinguir tres estadios en esta materia: hablamos de tres estadios que se han dado en la historia, ósea tratos que se le ha dado a la huelga dentro de los diversos regímenes de gobierno, tenemos: la prohibición, la tolerancia y la legitimación de la huelga. El primer estadio es perfectamente compatible a un régimen totalitario, el cual ve con temor la concertación colectiva de los trabajadores (Chile, tristemente a nivel constitucional se encontraría en este plano, debido a el estatuto prohibitivo que se le confiere a la huelga en nuestra Carta Fundamental), el segundo estadio, apunta más bien a un régimen liberal clásico, y finalmente el tercer estadio, apunta a un régimen democrático pluralista, un estadio que es considerado como ideal dentro del marco internacional. A nuestro parecer, tal como ocurre con otras instituciones jurídicas (como lo son las garantías judiciales, en el derecho procesal penal), el derecho de huelga puede comprenderse como un buen sismógrafo de la Constitución de cada país, y si nuestra Constitución solo se limita a establecer en que supuestos se encuentra prohibida la huelga, lisa y llanamente se puede decir que al menos en esta materia nuestro país deja mucho que desear, en especial si consideramos que al menos en teoría nos encontramos inmersos en un Estado Democrático de Derecho. Desde ya podemos dilucidar lo necesario que es una reforma constitucional en materia de derecho de huelga.

Para finalizar este apartado, nos gustaría hacer mención de un tema que nos hemos percatado que no ha sido muy tocado por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional, el cual consiste en la diferencia entre los términos huelga, toma y protesta. Claramente dichos términos no son sinónimos, pero en este trabajado como buscamos ampliar el concepto de huelga lo más posible, se podría llegar a mal interpretar que la toma y protesta social, son modalidades de huelga, si relacionamos lo expuesto hasta ahora con las conclusiones a las cuales arribaremos más adelante. En primer lugar, hablaremos sobre la toma, para el máximo tribunal de nuestro país (Corte Suprema), la toma es un acto de fuerza y una conducta antijurídica, con independencia del mecanismo conforme al cual se ha adoptado⁶⁶. En cambio, la protesta social, se construye en otros términos, con la concurrencia de la libertad de expresión y el derecho de reunión⁶⁷. Finalmente la huelga, como lo hemos señalado, es un derecho fundamental. Por lo tanto, para la Corte Suprema, la toma no es más que un acto de fuerza, que no se encuentra regulado, siendo un ilícito independiente del mecanismo en virtud del cual se haya adoptado (por ejemplo, una votación). Esto nos parece criticable, ya que, si bien, no discutimos que la toma sea un acto de fuerza, si esta última es llevada acaba por decisión mayoritaria de un grupo colectivo, nos parece que si gozaría de legitimidad (al menos aparente), en la medida que nos encontramos insertos en una república democrática, en la cual, la voluntad colectiva manifestada en una votación voluntaria, secreta e informada, cobra gran fuerza y peso, no pudiendo lisa y llanamente coartársele legitimidad, por el solo hecho de no encontrar una regulación sistemática en nuestro país como institución. En cuanto a la protesta social,

⁶⁵ BUENO MAGANO, Octavio, cit. por GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 367.

⁶⁶ LOVERA PARMO, Domingo, *Toma de colegios (y protestas)*. *Comentario de la sentencia de la Corte Suprema rol N° 23.540-2014, de 4 de Noviembre de 2014*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1 (2015), p. 589.

⁶⁷ *Ibíd*, p. 593.

compartimos lo señalado por la Corte Suprema, ya que, claramente esta es una manifestación de la libertad de expresión y derecho de reunión (ambos derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución), por lo cual, se trata de un derecho del cual gozan todos los ciudadanos colectivamente reunidos. Podemos ver entonces que la toma tristemente para los tribunales superiores de justicia, no es más que un mero acto de fuerza, el cual no goza legitimidad, por lo mismo no puede ser considerada una modalidad de huelga, y la protesta social, al igual no es una modalidad de huelga, sino que una manifestación de otros derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho de reunión).

3. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DEL DERECHO DE HUELGA: REFERENCIA AL RANGO DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE

La OIT no ha creado un convenio que expresamente trate sobre el derecho de huelga, además, debemos destacar el hecho de que los convenios 87 y 98 de la OIT no mencionan expresamente el derecho de huelga. Sin embargo, el Comité y la Comisión, comprenden que este derecho fundamental se encuentra reconocido en el artículo 3.1 del Convenio 87 de la OIT⁶⁸. El cual, debemos relación con el artículo 10 del mismo Convenio, que establece el objeto de dichas organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”⁶⁹. Como sabemos, ambos convenios se encuentran ratificados por Chile, sin embargo, con anterioridad a su ratificación existían normas internacionales sobre la materia, de las cuales hablaremos en el párrafo siguiente, por lo tanto, su contenido no es algo completamente nuevo para nuestro país. A pesar de lo expuesto, podemos predicar que el efecto más importante de la aprobación de los convenios 87 y 98 de la OIT es “cultural”, ya que su ratificación ha provocado un debate doctrinario acerca de la libertad sindical y de la compatibilidad del CdT con la misma, lo que permite vaticinar un perfeccionamiento de la tutela de la libertad sindical en nuestro país, en el futuro próximo⁷⁰.

Debemos destacar, que de todos los tratados internacionales de que hicimos mención, en la materia acerca de la libertad sindical, solo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente el derecho de huelga, al prescribir en su artículo 8 N° 1 letra d) lo siguiente: “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: El derecho de huelga ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. A pesar de que los demás tratados enunciados no consagren el derecho de huelga de forma expresa, podemos entender que si lo establecen de todas maneras, ello si nos ceñimos a una interpretación evolutiva o dinámica de los tratados internacionales. Comprendemos que los tratados son textos vivos, los cuales deben interpretarse conforme a la realidad y contexto en el cual deben ser aplicados. Vemos por lo tanto que, un adecuado sistema interpretativo debe considerar el carácter evolutivo de la realidad, por ello, deben aplicarse reglas extensivas y flexibles que permitan su adecuación al sentido de las normas

⁶⁸ Artículo 3.1 del convenio 87 de la OIT: “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”.

⁶⁹ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 8.

⁷⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 88.

en un contexto histórico/espacial determinado⁷¹. Por lo anterior, nos parece más apropiado, que si entendemos que hoy en día (realidad actual) el derecho de huelga es uno de los elementos fundamentales de la libertad sindical, aquellas normas que reconocen la libertad sindical, también reconocen el derecho de huelga. Debemos hacer presente que el criterio de interpretación evolutiva ha sido seguido en diversos fallos de la Corte Internacional de Justicia. Además, de todos los tratados que han sido enunciados en este trabajo podemos incluir otros cuerpos jurídicos internacionales, no enunciados esta ahora, los cuales reconocen de manera expresa el derecho de huelga, como la Declaración de las Naciones Unidas para el Progreso y el Desarrollo en lo Social, del año 1969⁷².

En cuanto, a lo manifestado por los órganos permanentes de la OIT, es decir, el Comité y la Comisión⁷³, vemos que estos a la luz del Convenio 87 de la OIT y demás convenios fundamentales sobre la materia, han sentado un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga ampliamente compartido por la comunidad internacional⁷⁴. En virtud de ello, podemos predicar que la OIT reconoce el derecho de huelga, a partir de la interpretación que sus órganos principales hacen de los convenios. Por lo tanto, resulta fundamental responder la siguiente interrogante ¿Cuál es el rango o jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno?

Antes de entrar de lleno en el rango de los tratados internacionales en el sistema de fuentes nacional, debemos destacar que en general los convenios de la OIT son verdaderos tratados multilaterales, pero que revisten una especial naturaleza. Sus características más importantes son: que emanan de un órgano internacional, y no de un acuerdo bilateral entre Estados; son instrumentos adoptados en forma tripartita; y se trata de normas que inclusive en el evento de no ser ratificadas, dan origen a ciertas obligaciones por parte de los Estados miembros de la OIT⁷⁵.

Como podemos apreciar a estas alturas los convenios 87 y 98 de la OIT son los tratados internacionales más importantes en materia de libertad sindical en nuestro país, y como hemos visto, dichos convenios reconocen el derecho de huelga, por lo mismo no es un tema menor el saber cuál es el rango de los tratados internacionales en nuestro sistema de fuentes. En derecho comparado existen cuatro posturas acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en relación con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, las cuales son las siguientes⁷⁶:

⁷¹ VIERA ÁLVAREZ, Christian, *Estado social como fórmula en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, N° 2 (Mayo, 2014), p. 475.

⁷² Artículo 20 a): “*La concesión de plenas libertades democráticas a los sindicatos; libertad de asociación para todos los trabajadores, incluido el derecho de negociación colectiva y de huelga, y reconocimiento del derecho a formar otras organizaciones de trabajadores; la garantía de la participación cada vez mayor de los sindicatos en el desarrollo económico y social; la participación efectiva de todos los miembros de los sindicatos en la decisión de las cuestiones económicas y sociales que atañen a sus intereses;*”.

⁷³ Además, podemos incluir a la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical.

⁷⁴ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 60.

⁷⁵ MONTT BALMACEDA, Manuel, *Principios de derecho internacional del trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984), p. 66.

⁷⁶ La discusión acerca de jerarquía de los tratados internacionales en el derecho interno, solo puede ser abordado si seguimos una postura monista, la cual comprende que el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado, son dos ramas del derecho de un mismo ordenamiento jurídico. Por su parte la

- a) Valor supraconstitucional del derecho internacional: los tratados internacionales pueden prevalecer aun respecto de la Constitución. Es un sistema el cual es muy poco frecuente. Uno de los muy pocos ejemplos de países que sigue este sistema es Países Bajos.
- b) Valor constitucional del derecho internacional: los tratados internacionales tienen rango constitucional. Al igual que el sistema anterior, resulta poco frecuente, sin embargo, ello cambia cuando nos referimos a tratados internacionales sobre derechos humanos, a los cuales se les tiende a conferir rango constitucional, en atención a la importancia que revisten los derechos humanos en el ámbito internacional.
- c) Valor supralegal del derecho internacional: los tratados internacionales gozan de un rango que está por encima de la ley nacional, pero por debajo de la Constitución. Este sistema resulta ser mucho más frecuente que los anteriores, atreviéndonos a decir que es el más usual a nivel internacional.
- d) Valor legal del derecho internacional: el tratado internacional tiene el mismo valor que la ley interna. Es un sistema frecuente a nivel internacional. Un país que destaca por seguir este sistema de valoración de los tratados internacionales es Estados Unidos.

En el caso de nuestro país, a partir de las normas constitucionales sobre la materia, podemos predicar que los tratados internacionales se encuentran subordinados a la Constitución. Ello a partir de lo prescrito por el artículo 93 N° 1⁷⁷ y 3⁷⁸ CPR. En atención a lo manifestado por el órgano competente en esta materia (Tribunal Constitucional), se puede establecer lo siguiente, si tenemos en vista los fallos en los roles N° 346 y 1288 y la interpretación a la cual arriba el profesor Aldunate⁷⁹ de su lectura: en primer lugar, no se puede otorgar al sentido normativo que se atribuye un tratado una posición equiparable a aquella que se atribuye al texto constitucional; dicho en términos tradicionales, el tratado no tiene una jerarquía o rango equiparable al de la Constitución. En segundo lugar, la aplicación de las disposiciones de un tratado puede ser declarada inconstitucional y, por lo

concepción dualista entiende que el derecho internacional y el derecho interno constituyen dos sistemas jurídicos independientes, los cuales no pueden entrar en conflicto.

⁷⁷ Artículo 93 N° 1 CPR: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación*”.

⁷⁸ Artículo 93 N° 3 CPR: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso*”.

⁷⁹ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2 (Octubre, 2010), p. 203.

tanto, las mismas inaplicables, en conformidad al artículo 93 N° 6 CPR⁸⁰. Debemos destacar que dichos fallos son los más importantes sobre la materia.

Sin embargo, dicho panorama cambia, al contemplar lo prescrito por el constituyente en el artículo 5 inciso 2° CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Por el cual, el criterio hoy en día es que los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, tienen un valor igual al de la Constitución. Según Vargas⁸¹ esta es la posición dominante en nuestro país, compartida por parte de la doctrina, jurisprudencia de los tribunales chilenos, y además apoyada, por la historia del estableciendo de dicha disposición. Sin embargo, en investigaciones más recientes, particularmente acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a la materia (2006-2013) explica el constitucionalista Nogueira⁸² que hoy en día nos enfrentamos a la inexistencia de una línea jurisprudencial de carácter permanente y estable acerca de la fuerza normativa de los tratados internacionales sean o no referente a derechos humanos. Esta tiende oscilar entre el valor legal y el valor suprallegal pero infraconstitucional.

A la hora de establecer un fundamento del porque este respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, según Pfeffer⁸³ ello se debe a la concepción iusnaturalista a la que en materia de derechos fundamentales adscribe nuestro constituyente. A nuestro juicio, esta concepción iusnaturalista se puede predicar al menos en las primeras disposiciones de nuestra Carta Fundamental, es decir, sobre las Bases de la Institucionalidad (dentro de las cuales se encuentra el artículo 5 inciso 2° CPR), las cuales durante muchos años se pensó que meramente se trataba de normas pragmáticas, sin embargo, hoy en día se comprende que son normas las cuales gozan de una evidente fuerza normativa directa, y deben ser respetadas, seguidas y aplicadas por todos los operadores jurídicos. Por ello, el catálogo de derechos humanos no se agota en los que establece la Constitución, ya que, podemos agregar lo que establecen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Si seguimos a Cumplido⁸⁴, podemos ampliar aún más el catálogo de derechos humanos, ya que, no solo son tales los regulados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana,

⁸⁰ Artículo 93 N° 6 CPR: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

⁸¹ VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 220 s.

⁸² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2 (2014), p. 430.

⁸³ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1 (Mayo, 2003), p. 478.

⁸⁴ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1 (Abril, 2003), p. 370.

teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1 inciso 1° y 4°, artículo 5 inciso 2°, y artículo 19 N° 26, todas dichas disposiciones de nuestra Carta Fundamental. Por lo dicho, vemos que es relevante definir que entendemos por derechos humanos. Tenemos un amplio catálogo de definiciones que ha elaborado la doctrina acerca de que debemos entender por derechos humanos, pero para efectos de este trabajo y en particular en relación con el derecho internacional, entendemos por derechos humanos, aquellos atributos inherentes a toda persona humana que al ser reconocidos e incorporados a un instrumento internacional vinculante, establecen para los correspondientes Estados la obligación de respetarlos y garantizar su ejercicio y permiten a las personas destinatarias de esos derechos invocarlos frente al Estado en que se hallen⁸⁵.

A modo de conclusión, podemos decir que en nuestro país, los tratados internacionales en general gozan de un valor supralegal, sin embargo, cuando hablamos de tratados internacionales sobre derechos humanos, conforme al tenor del artículo 5 inciso 2° CPR, estamos ante normas que tienen un rango equiparable al de la Constitución, y por lo tanto, si las normas legales no se ajustan a las normas de dichos tratados son a nuestro juicio inconstitucionales, debiendo ser sacadas del ordenamiento jurídico, de acuerdo a los mecanismos de control que establece nuestra Carta Fundamental⁸⁶. Por lo cual, volviendo al derecho fundamental de huelga, toda norma que se encargue de limitar su contenido esencial, está vulnerando una norma de rango equiparable a la Constitución, por lo tanto a nuestro juicio, comprendemos que diversas normas del CdT chileno deben ser sacadas del ordenamiento jurídico, en virtud de su declaración de inconstitucionalidad. Además, podemos dilucidar un incumplimiento directo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁷, la cual expresamente en su artículo 26 establece que: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Y en su artículo 27 establece claramente que: “El derecho interno y la observancia de los tratados una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Por lo cual, nuestro Estado no solo ha vulnerado lo que su propia Constitución le encomienda, sino también, uno de los tratados internacionales más importante (la citada Convención de Viena).

A modo de propuesta, compartimos lo expresado por Nogueira⁸⁸ en su obra anteriormente citada, el cual sugiere la incorporación al texto constitucional en forma inequívoca de los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, como asimismo el reconocimiento con rango constitucional de los principios imperativos de derecho internacional (*ius cogens*), lo que asegura el respeto y garantía de los estándares mínimos de atributos y garantías de los derechos esenciales o humanos. Seguimos esta propuesta, ya que, de esta forma será aplicable sin lugar a dudas el principio de homogeneidad de las normas del mismo grado, el cual consiste, en que las normas que se encuentran a un mismo nivel o grado tienen un valor homogéneo, de manera que unas no se pueden imponer respecto de las otras, siendo inaplicable la regla de la jerarquía como

⁸⁵ VARGAS CARREÑO, Edmundo, ob. cit., p. 518.

⁸⁶ Esta es nuestra opinión (siguiendo a Vargas), pese a que los fallos del Tribunal Constitucional, se inclinan por un rango legal o supralegal pero infraconstitucional.

⁸⁷ Ratificado por Chile el 9 de Abril de 1981.

⁸⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, ob. cit., p. 432.

una forma de resolver las antinomias que se presentan entre ellas⁸⁹. Pudiendo aplicar dicho principio sin discusión alguna, solo nos quedaría aplicar el criterio de especialidad y temporalidad, y ambos caminos son favorables para la aplicación de los convenios 87 y 98 de la OIT por sobre los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. En cuanto al criterio de especialidad, se debería optar por los convenios, ya que, estos tratan de forma más extensa que nuestra Carta Fundamental el derecho fundamental de la libertad sindical. En cuanto al criterio de temporalidad, los convenios al igual prevalecen, por encontrarse incorporados en nuestro ordenamiento jurídico desde su ratificación (año 1999), a diferencia de nuestra Constitución que data del año 1980.

4. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA EN CHILE: REFERENCIA A LA HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y SERVICIOS ESENCIALES

Para comenzar nos gustaría señalar, que no haremos una exposición acerca de la normativa histórica chilena acerca de la libertad sindical (particularmente del derecho de huelga), debido a que ello sería alejarnos demasiado del objeto central de este trabajo, el cual es lograr una posible aplicación de las diversas formas de huelga en nuestro ordenamiento jurídico, dicho lo anterior continuemos⁹⁰.

La construcción del derecho de huelga desde la Constitución es de gran importancia jurídica y simbólica. Jurídica, dado que la supremacía constitucional opera respecto de las demás fuentes del derecho e influirá en la interpretación e integración del mismo. Simbólica, dado que implicara su reconocimiento en el máximo nivel normativo⁹¹.

Como anteriormente lo señalamos, el artículo 19 N° 19 CPR consagra la libertad sindical, sin embargo, no se refiere expresamente al derecho de huelga, de ello se encarga el artículo 19 N° 16 inciso 6° CPR, el cual prescribe lo siguiente: “No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”. Por lo que vemos que, el derecho de huelga se encuentra prohibido en los siguientes ámbitos:

- a) Función pública: en un sentido amplio por función pública comprendemos “el conjunto de personas que se encuentran directamente al servicio del Estado Administración, como a su vez, a las funciones y servicios públicos que estos desempeñan y, al régimen jurídico y la organización en que se encuadran”⁹². En esta

⁸⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, N° 2 (Septiembre, 2009), p. 41.

⁹⁰ Sobre la materia véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo; UGARTE CATALDO, José Luis, ob. cit., pp. 22 s.

⁹¹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho de huelga en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N° 1 (Abril, 2013), p. 116.

⁹² BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General* (2° Edición, Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 337.

materia vemos que el Estado de Chile no ha cumplido con su compromiso de adecuar sus normas a las disposiciones emanadas de los convenios de la OIT, ya que, nuestro ordenamiento jurídico no se ha ajustado a los preceptos emanados del Convenio 151 de 1978, sobre Relaciones de trabajo en la administración pública⁹³. El artículo 9 de dicho convenio, prescribe que: “Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”. Por lo cual, vislumbramos una grave vulneración a dicho convenio, ya que, no solo nuestra Constitución no reconoce a los funcionarios públicos el derecho de negociar colectivamente, sino que al igual, expresamente les prohíbe el ejercicio del derecho de huelga, en los términos del artículo 19 N° 16 inciso 6° CPR anteriormente citado. Si bien, por la importancia de las funciones llevadas a cabo por la administración del Estado, comprendemos que el derecho de huelga puede verse limitado, pero en ningún caso debería ser prohibido expresamente en su globalidad, como lo hace nuestra Constitución.

- b) Servicios esenciales: de acuerdo a lo que ha expresado la misma OIT acerca de la materia, por servicios esenciales entendemos, aquellos “servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en parte o toda la población”⁹⁴. La OIT emplea un concepto restringido de servicios esenciales, lo cual, es contrario a lo formulado por nuestra Constitución⁹⁵ (servicios esenciales en sentido amplio). La norma de rango infraconstitucional que viene a cumplir el mandato del constituyente es el artículo 384 CdT⁹⁶, norma que sigue la misma línea que ampara la Carta Fundamental (servicios esenciales en sentido amplio). En relación al tema, seguimos la postura de la Comisión, la cual observa que la legislación vigente en Chile es sumamente amplia, ya que, la noción de “utilidad pública” y de “daño a la economía del país”, excede el concepto de servicios esenciales⁹⁷. Es criticable la normativa constitucional y legal principalmente por lo siguiente:

⁹³ Ratificado por Chile el 17 de Agosto de 2000.

⁹⁴ OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 4B) a la 69° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (1983), párrafo 214.

⁹⁵ Lo cual lo desprendemos de la norma anteriormente citada.

⁹⁶ Artículo 384 CdT: “No podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que:

a) Atiendan servicios de utilidad pública, o

b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

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

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

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

⁹⁷ OIT, *Comentarios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT al Gobierno de Chile. Convenio 87*, párrafo 2, Anexo IV, 2002.

- 1) En el caso de ambas (normativa constitucional y legal): por la amplitud de los términos en que se encuentran redactadas las normas. Ello como se señaló ha sido criticado por la Comisión, por lo cual el año 2005 y 2006 la resolución administrativa⁹⁸ que establece cuáles son los servicios esenciales redujo el número de éstos. Sin embargo, el año 2007 se detuvo dicha reducción y se volvieron agregar más entidades. Ello denota la falta de interés por parte del gobierno de nuestro país en reducir el catálogo, y de seguir las recomendaciones internacionales sobre la materia, una lógica que guarda armonía con el Plan Laboral, el cual ve con malos ojos la concertación colectiva de los trabajadores.

- 2) En el caso de la normativa legal: es muy criticable que el órgano encargado de determinar cuáles son servicios esenciales sea un órgano administrativo⁹⁹. Siguiendo la postura de Ugarte¹⁰⁰, vemos que la norma legal vulnera no solo el principio de esencialidad del artículo 19 N° 26 CPR¹⁰¹, sino que también, vulnera la garantía constitucional del debido proceso del artículo 19 N° 3 incisos 4° y 5° CPR¹⁰². Vulnera la esencialidad, ya que, el artículo 384 CdT no respeta el contenido esencial de un derecho fundamental, debido a que está permitiendo su completa supresión por vía administrativa. Y vulnera el debido proceso, por entregar la prohibición de un derecho fundamental a un órgano administrativo que carece de imparcialidad. Además, el legislador no ha cumplido el mandato constitucional, ya que, no consagra un procedimiento de calificación, que determine cuando un servicio es esencial o no. Es más, el legislador elude su deber y entrega la regulación de dicha materia a un órgano administrativo. Por si fuera poco, las normas infraconstitucionales, no establecen una acción de reclamación especial ante la discrecionalidad del gobierno a la hora de establecer cuáles son los servicios esenciales. En relación a este punto, Grisolia¹⁰³ ha indicado ciertas técnicas que los Estados pueden implementar para obtener la determinación de los servicios esenciales.

⁹⁸ Actualmente es la Resolución 123 EXENTA.

⁹⁹ Ministro del Trabajo y Previsión Social, Ministro de Defensa Nacional y Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción.

¹⁰⁰ Sobre la materia véase: UGARTE CATALDO, José Luis, *El derecho de huelga y los servicios esenciales en Chile: cuando el legislador hace el trabajo sucio*, en *Revista Laboral Chilena*, N° 167 (Junio, 2008), pp. 82-84.

¹⁰¹ Artículo 19 N° 26 CPR: “*La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”.

¹⁰² Artículo 19 N° 3 inciso 4° y 5° CPR: “*Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.*

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

¹⁰³ GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del trabajo y de la seguridad social. Doctrina, legislación, jurisprudencia, y modelos* (11° Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005), II, p. 1735.

A modo de conclusión, en cuanto al tema de los servicios esenciales, estimamos que nos encontramos ante una norma inconstitucional (artículo 384 CdT), sin embargo, los órganos principales de control a nivel nacional sobre la materia, es decir, la Corte Suprema¹⁰⁴ y Tribunal Constitucional¹⁰⁵, han rechazado toda medida que busque sacar dicha norma del ordenamiento jurídico, claramente por una cuestión ideológica y no por una cuestión estrictamente jurídica.

Además de los casos anteriormente enunciados, podemos nombrar un tercer supuesto en que el derecho de huelga puede ser prohibido, hablamos de, la crisis nacional aguda: estamos ante una situación que no se encuentra expresamente regulada por el constituyente, sino más bien es mencionada por el Comité, el cual admite la prohibición general de la huelga en situaciones de crisis nacional aguda¹⁰⁶. El concepto claramente se refiere a situaciones muy excepcionales, por ejemplo, un golpe de Estado contra un gobierno constitucional que ha dado lugar a la declaración de estado de emergencia. A nuestro parecer, estamos ante un caso en que es procedente la prohibición del derecho de huelga, sin embargo, por tratarse de una situación demasiado excepcional, no haremos mayor pronunciamiento acerca del tema.

En relación a los dos supuestos constitucionales enunciados, podemos destacar una ventaja para los trabajadores y los usuarios del servicio, ante un posible reconocimiento de las diversas modalidades de huelga en nuestro ordenamiento jurídico. Para los trabajadores, claramente la ventaja se predicaría en relación a un mayor catálogo de posibilidades de acciones frente al empleador que no quiere acceder a sus pretensiones. Por otro lado, la ventaja se da desde el punto de vista de los usuarios del servicios, ya que, los trabajadores pueden acordar una modalidad menos lesiva de los intereses de los usuarios, o que lisa y llanamente no afecte a los mismos, para que de esta manera se mantenga el buen funcionamiento del servicio y se logre un ejercicio efectivo del derecho de huelga, en alguna de sus modalidades, presionando solamente al empleador y no entorpeciendo los derechos de los usuarios. Claramente, ello dependerá del ingenio mismo de los trabajadores y sus asesores. Un ejemplo claro de ello, lo vemos en la denominada “huelga de los bolígrafos¹⁰⁷” de los médicos españoles, que consistía en brindar la atención médica completa, pero absteniéndose de escribir los registros o fichas clínicas o de extender las recetas¹⁰⁸. En atención al caso anterior, vemos un servicio que se ha cumplido, y que por ende no ha perjudicado en su totalidad al usuario, y que a la vez, ha logrado el efecto propio de la huelga, perturbar el proceso productivo, al no poderse constatar en el respectivo registro la labor efectuada, al menos en el documento oficial de la empresa.

Fuera de estas situaciones, cabe preguntarnos si podemos predicar el rango constitucional del derecho de huelga, o en otros términos, si nuestra Constitución consagra el derecho de huelga. En atención a dicha pregunta han surgido las siguientes posturas:

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha: 22. 10. 2007. Rol 4.576-2007. (Sentencia confirmada por la Corte Suprema).

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de fecha: 04. 12. 2007. Rol 996-2007.

¹⁰⁶ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 25.

¹⁰⁷ Esta forma de huelga, pertenece a la denominada huelga parcial, de la cual hablaremos más adelante.

¹⁰⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 23.

1. Tesis restrictiva: la Constitución no contemplaría el derecho de huelga, cuya consagración quedaría entregada al legislador, como un derecho de jerarquía legal¹⁰⁹. Aldunate¹¹⁰ adscribe a esta postura, al señalar que el artículo 19 N° 16 inciso 6° CPR no constituye un límite a un derecho fundamental constitucional, ya que, el derecho de huelga no está constitucionalmente reconocido. Esta tesis resulta ser la más criticable, ya que, constituye una vulneración expresa a la libertad sindical. Si el constituyente consagra la libertad sindical, claramente también establece su mecanismo de defensa propio, el derecho de huelga. Además, esta tesis es contraria al principio de la unidad de la Constitución, el cual comprende que, la Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella¹¹¹. Claramente si seguimos esta tesis estaríamos privando de eficacia los preceptos constitucionales referentes a la libertad sindical, lo cual nos parece inconcebible.
2. Tesis del derecho implícito: la Constitución contempla tácitamente el derecho de huelga, dado que solo lo prohíbe en ciertos casos y, por ende, en los casos no mencionados sería un derecho¹¹². Macchiavello¹¹³ sigue esta postura. Sin embargo, al igual esta postura nos parece criticable, Gamonal¹¹⁴ expresa lo siguiente, “deducir derechos fundamentales con el aforismo “a contrario sensu” no es pertinente, salvo que la redacción fuera de tal forma concluyente que pudiera operar este racionio. Por ejemplo, decir “la huelga no es un derecho en los siguientes casos:...”. Pero con la actual redacción e interpretación aisladamente el artículo 19 N° 16 párrafo final CPR, el legislador perfectamente podría prohibir o no contemplar la huelga en el sector privado y no habría vulnerado este precepto. Además, nos parece criticable esta postura por ser contraria al principio de unidad de la Constitución, tal cual como ocurre con la tesis anterior, ya que, el referirnos a ciertos reconocimientos tácitos, no nos parece compatible con el principio de juridicidad del artículo 7 CPR.
3. Tesis del bloque de constitucionalidad: aunque no exista una expresa consagración de la huelga esta si se contempla por el juego del artículo 5 inciso 2° CPR en relación con los tratados internacionales de derechos humanos que si la consagran, a saber, el Convenio 87 de la OIT y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁵. Se trata del bloque de constitucionalidad de los derechos

¹⁰⁹VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional* (2° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), I, p. 292.

¹¹⁰ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 248.

¹¹¹VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional* (sine loco, 2005), p. 20.

¹¹²GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 118.

¹¹³MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido, ob. cit., p. 443.

¹¹⁴GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 118.

¹¹⁵IRURETA URIARTE, Pedro, *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena*, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 9 (2006), p. 198.

humanos, de naturaleza supralegal y supraconstitucional¹¹⁶. Entre los autores que adscriben a esta postura tenemos a Silva Bascuñán¹¹⁷, y además podemos destacar a Irureta (anteriormente citado).

4. Tesis dogmática: el derecho de huelga forma parte de la libertad sindical, y como la Constitución consagra expresamente la libertad sindical en el artículo 19 N° 19, también comprendemos que consagra expresamente el derecho de huelga¹¹⁸. Esta tesis resulta ser razonable, ya que, lo que la Constitución protege depende, al menos en alguna medida, de cómo se valoran los elementos principales de su iusfundamentalidad, lo que se construye a partir de una interpretación suficientemente bien argumentada¹¹⁹. Y como hemos señalado en reiteradas ocasiones, si la Constitución consagra la libertad sindical, también consagra sus elementos más importantes, los que definen a la misma, es decir, el derecho de negociar colectivamente y el derecho de huelga.

Gamonal¹²⁰ comprende que las dos últimas tesis (bloque constitucional y dogmática) son las correctas, pero deben ser integradas en una perspectiva unitaria. Incliniéndose por la tesis dogmática, debido a que goza de una ventaja argumentativa, ya que, el derecho de huelga tendría rango constitucional, incluso en el caso hipotético de que el artículo 5 inciso 2° CPR no existiera. Compartimos esta postura, ya que, es la mejor forma de comprender la consagración del derecho de huelga en Chile, debido a que no podemos redactar instituciones o derechos en nuestra Constitución, prescindiendo del contenido sustancial de los términos, acorde a los principios de un Estado Democrático de Derecho, de lo contrario, estaríamos ante un texto que tan solo es “letra muerta”, incapaz de ajustarse a la nuevas realidades, desconociendo el dinamismo consustancial de todo ordenamiento jurídico.

A modo de conclusión, podemos decir que el régimen jurídico de la huelga en Chile debe ser descrito como el de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, cuyo ejercicio es, por regla general, lícito para cualquiera de sus modalidades, en cualquier momento y estadio de la relación laboral y con la finalidad que los trabajadores estimen pertinentes¹²¹. Además, debemos precisar que las modalidades de huelga, se encuentra fuera de la órbita de la teoría general de los ilícitos atípicos, que son aquellos en que la conducta a sancionar no contraviene el texto expreso de la ley sino su espíritu, su sentido y razón de ser¹²². No ponemos en duda que el Plan Laboral, ve con malos ojos la concertación colectiva de los trabajadores, y a través de su visión, busca reducir el ámbito

¹¹⁶ BARBAGELATA, Héctor, *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales* (2° Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009), p. 221.

¹¹⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), XIII, p. 308.

¹¹⁸ BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio; NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *La Constitución comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot, 2012), p. 356.

¹¹⁹ BASSA MERCADO, Jaime; ASTE LEIVA, Bruno, *Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1 (2015), p. 238.

¹²⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., pp. 122 s.

¹²¹ UGARTE CATALDO, José Luis, *La huelga en el derecho laboral chileno: Superando el espejismo*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. 2, N° 4 (2014), p. 69.

¹²² FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *La constitución de sindicatos con fines ilícitos y sus efectos jurídicos en el derecho del trabajo chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 20, N° 2 (Mayo, 2014), p. 161.

de aplicación de la huelga al menor número de hipótesis posibles, por ello, podemos afirmar que sería contrario al espíritu y sentido de la ley, el reconocimiento de las modalidades de huelga, fuera del ámbito al que el mismo legislador se refiere. Pese a ello, no podemos interpretar la ley, sin tener en vista a la Constitución y los tratados internacionales de que hemos hecho mención, normas que amplían, el ámbito de aplicación del derecho fundamental de huelga. Todo ello acorde al principio de interpretación conforme a la Constitución. Este principio interpretativo consiste en que la Constitución es el canon de interpretación de la constitucionalidad de la ley. Para cumplir esta función, la Constitución debe ser interpretada. Pero la interpretación de la Constitución no puede estar influida por la ley porque, si lo estuviera, entonces se estaría igualando la ley con la Constitución¹²³.

Dicho lo anterior, y hecha la precisión de que la ley siempre debe subordinación a la Constitución, haremos una mención acerca de Reforma Laboral y sus principales modificaciones que planea llevar a cabo en materia de huelga. Primeramente debemos desatacar que como se señala en la introducción de este trabajo, nuestra finalidad no es realizar un exhaustivo análisis de la ley vigente sobre la materia y la Reforma Laboral, ya que, nuestro trabajo tiene por objeto, demostrar que es posible la aplicación de las modalidades de huelga en nuestro derecho. Por ello, incurrimos en los estándares internacionales, y nuestra Constitución, normas que claramente se encuentran por sobre la ley (la cual además consideramos en varios aspectos inconstitucional). Dicho esto, haremos una breve exposición de los principales tópicos de la Reforma Laboral en materia de huelga.

Primeramente debemos destacar que la Reforma Laboral sigue fielmente el Plan Laboral instaurado por José Piñera, ya que, la huelga sigue siendo entendido como un mero procedimiento de la negociación colectiva, no reconociéndose el derecho de huelga en las circunstancias que los trabajadores determinen (por solidaridad, económica, política)¹²⁴. Por esta característica de la reforma es que hemos optado el no hacer mayor referencia de la misma, por encontrarnos en la misma situación que con la legislación vigente, no dándose un mayor espectro de reconocimiento del derecho de huelga, sino es en el procedimiento de negociación colectiva que consagra la norma infraconstitucional.

Solo a título ejemplificativo, podemos enunciar algunos cambios instaurados por la Reforma Laboral (cambios que a nuestro juicio son “tímidos” y carentes de relevancia): se prohíbe contratar trabajadores de reemplazo para los mismos “puestos de trabajo” de los huelguistas, pero se deja abierto para que se pueda realizar esta práctica a través del concepto de “función” del trabajador¹²⁵ (este puede ser un punto positivo de la reforma, junto con la prohibición del descuelgue individual durante el ejercicio de huelga)¹²⁶; omite puntos importantes como, el garantizar la huelga para todos los trabajadores del sector público, no se pronuncia respecto de la limitación que deben tener los “servicios

¹²³ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2 (2014), p. 446.

¹²⁴ FUNDACIÓN SOL, *Proyecto de Reforma Laboral. Síntesis de los principales puntos en discusión*. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/09/IBV5-Final1.pdf>

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

esenciales” durante una huelga, y se mantiene la prohibición de hacer uso del derecho a huelga para los sindicatos de empresas de servicios estratégicos¹²⁷; la reforma proporciona un concepto de huelga, entendiendo por tal, un derecho que debe ser ejercido colectiva y pacíficamente por los trabajadores¹²⁸, a nuestro juicio nos encontramos con una definición “tímida” y carente de contenido, ya que, solo comprende a la huelga como un “derecho”, no expresando el carácter de “fundamental” de la misma (además, no pone énfasis en que consiste en realidad, destacando simplemente su carácter de pacífica, debido a que aún se ve a la huelga como un peligro para los intereses empresariales, por la infinidad de medidas que pueden tomar los trabajadores, en contra del empresario).

Como hemos visto a lo largo de este capítulo, la huelga es un derecho fundamental reconocido internacional y constitucionalmente, el cual, debe ser promovido en toda su extensión. Dicha extensión claramente no solo abarca la concepción tradicional de huelga, sino también, las diversas modalidades que pueden tomar los trabajadores para llevar a cabo una huelga (concepción moderna de huelga). Sin duda, el legislador y la Reforma Laboral siguen un concepto restringido de huelga (acorde al Plan Laboral), circunscribiéndola dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, un triste panorama para un derecho fundamental. Sin embargo, en este trabajo haremos todo lo posible para ampliar el concepto de huelga y de esta forma, demostrar el reconocimiento de las modalidades de huelga en nuestro ordenamiento jurídico y formular una enumeración no taxativa de dichas modalidades en nuestro derecho, labor que llevaremos a cabo en el siguiente capítulo.

¹²⁷ FUNDACIÓN SOL, *Reforma Laboral. ¿Pone fin al Plan Laboral de la dictadura o lo consolida?* disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/03/Fundaci%C3%B3n-SOL-2015-Cuadernillo-Reforma-Laboral.pdf>

¹²⁸ Artículo 349 Reforma Laboral: Derecho de huelga. *La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectiva y pacíficamente por los trabajadores.*

CAPÍTULO SEGUNDO: MODALIDADES DE HUELGA Y VENTAJAS DE SU APLICACIÓN

1. NOCIÓN GENERAL DE LA ATIPICIDAD EN LAS MODALIDADES DE HUELGA: REFERENCIA A LA HUELGA POLÍTICA Y SOLIDARIA

Para comenzar, dejaremos en claro que no utilizaremos la noción de huelga “nominada” o “innominada”, por una cuestión semántica, dado que dicha terminología significa “con o sin nombre”, y dichas modalidades de huelga han recibido denominaciones, ya sea por parte de la doctrina, jurisprudencia, leyes extranjeras, etc. por lo cual, optaremos por referirnos a huelgas “típicas” o “atípicas”.

Dicha la aclaración anterior, debemos entrar de lleno en la causas que provocaron la existencia de las modalidades de huelga, las cuales como enunciamos anteriormente, son formas o maneras de llevar a cabo la huelga, diversas de la concepción tradicional de la huelga. Siguiendo a Ermida¹²⁹, destacaremos dos causas principales:

- a) La búsqueda en maximizar el efecto de las huelgas y minimizar sus costos: lo cual claramente es una finalidad perseguida por toda medida de presión, no solo de la huelga, en otros términos, las modalidades buscan lograr la máxima presión a un costo mínimo para los trabajadores¹³⁰. Se busca que la huelga logre el mayor impacto posible sobre los intereses del empleador, para que de esta forma acceda a sus peticiones, de la manera menos perjudicial para el grupo colectivo de trabajadores.
- b) Las transformaciones en la organización del trabajo: la posmodernización y la flexibilización empresarial. Claramente estamos hablando de las nuevas tecnologías y de la descentralización del trabajo producto, la cual escapa del modelo fordista-taylorista clásico¹³¹.

Muchos autores hablan de huelgas atípicas, sin embargo, este término dependerá del concepto de huelga que adoptemos. Si seguimos un concepto tradicional y restringido de huelga, todas las diversas formas, que señalaremos más adelante, podemos considerarlas como formas atípicas de huelga. Por el contrario, si adoptamos la concepción de huelga que hemos elaborado en este trabajo, es decir, un concepto moderno, amplio, que concuerda con los principios fundamentales de un Estado Democrático de Derecho, y que además, es acorde a los estándares internacionales sobre la materia, no estamos ante figuras atípicas, sino que más bien, estamos ante simples formas de llevar a cabo una huelga, entendida en los términos que anteriormente señalamos.

Primeramente, debemos aclarar que la clasificación que formulamos con anterioridad en este trabajo (huelgas laborales, políticas y solidarias), no son formas de

¹²⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., pp. 32 s.

¹³⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 372.

¹³¹ Sobre la materia véase: CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Las transformaciones del trabajo, La crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 18 (Julio, 2005), pp. 25-54.

huelga, sino que más bien se trata de una clasificación, la cual tiene como criterio de distinción, la finalidad perseguida por la misma. Hacemos esta aclaración para no confundir al lector, ya que, en algunos textos se tiende a tratar dichos temas en conjunto, lo cual, puede llevar a pensar que dicha clasificación, expresa tres formas distintas de llevar a cabo la huelga, lo cual es errado. Pero, por motivos didácticos y por su basto tratamiento por parte de la doctrina, jurisprudencia, leyes extranjeras, etc. realizaremos una breve referencia de dicha clasificación:

- a) Huelga laboral: es la clase de huelga más común, podemos decir que es la finalidad que normalmente persiguen los trabajadores, es decir, aquella que busca garantizar o mejorar las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores¹³². Esta es la finalidad normal de una huelga, en los términos en que la ha comprendido la OIT. Sin embargo, nuestro país no sigue dicha concepción de huelga laboral, lo cual lo podemos predicar si tenemos a la vista el concepto de negociación colectiva establecido en nuestro CdT¹³³, circunscribiendo la materia del conflicto solo al ámbito económico, lo cual, es acorde al pensamiento plasmado por el Plan Laboral, el cual entiende que, “el objetivo del proceso de negociación colectiva es asegurar, el logro de una equivalencia entre remuneraciones y productividad¹³⁴. Esto último, cobra especial relevancia, teniendo en cuenta que la huelga en nuestro país pareciera a simple vista que solo tiene lugar dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada con carácter de última *ratio*, o en otros términos la legislación chilena solo consagra legalmente un tipo de huelga, en la negociación colectiva reglada de empresa, como instancia final frente a la falta de acuerdo¹³⁵. Pero, como veremos es posible reconocer a la huelga en otras hipótesis.
- b) Huelga política o no profesional: siguiendo el concepto de la legislación española, entendemos que la huelga es política “cuando se inicie o sostenga por motivos políticos o con cualquier otra finalidad ajena al interés profesional de los trabajadores afectados”¹³⁶. De lo anterior vemos que cobra importancia para los españoles determinar que entendemos por interés profesional¹³⁷. El Comité ha estimado que “la declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituye una grave violación de la libertad sindical” Señalado esto, debe añadirse que los principios expuestos cubren las huelgas de ámbito geográfico local, así como las huelgas generales, que por su propio carácter siempre tienen una marcada connotación política¹³⁸. Esto último, si lo relacionamos con lo que expusimos respecto de la huelga como delito, vemos como expresamente nuestro

¹³² GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 13.

¹³³ Artículo 303 inciso 1° CdT: “*Negociación colectiva es el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado, de acuerdo con las normas contenidas en los artículos siguientes*”.

¹³⁴ PIÑERA ECHENIQUE, José, *La Revolución Laboral en Chile* (Santiago, Editorial Zig-Zag, 1990), p. 49.

¹³⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 431.

¹³⁶ Artículo 11 a) Real Decreto Ley 17/1977, sobre Relaciones de Trabajo.

¹³⁷ Establecer la existencia del interés profesional, conllevará a calificar a una huelga como legal o ilegal.

¹³⁸ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 14.

país viola gravemente la libertad sindical, al castigar con sanciones punitivas a quienes lleven a cabo una huelga general.

- c) Huelga solidaria o de apoyo: son aquellas en que el interés representado no afecta directamente a los trabajadores involucrados en la misma, ya que, la suspensión del trabajo se efectúa para apoyar reivindicaciones de carácter económico de otra huelga ya en desarrollo¹³⁹. En términos más simples la Comisión, comprende que la huelga solidaria es, la huelga que se inserta en otra emprendida por otros trabajadores. Además, la Comisión estimo que una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva¹⁴⁰. Al igual que en el caso anterior, estamos ante un supuesto que no se encuentra reconocido por el constituyente, ni por el legislador nacional¹⁴¹, debido a que la huelga, como lo señalamos anteriormente, solo tiene cabida dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada¹⁴².

Respecto de lo que nosotros pensamos en relación al tema, claramente no estamos de acuerdo con la falta de reconocimiento de esta clase de huelga, ya que, saliéndonos del ámbito jurídico, y es más, saliéndonos del campo propiamente tal de lo racional, creemos que el ser humano no es solo un animal racional, sino que al igual es un individuo plasmado de emociones y sentimientos, en otros términos, somos animales racionales y emocionales. Este último aspecto, hoy en día parece carecer de relevancia, debido a la sociedad de mercado en la cual nos encontramos insertos, una comunidad en la cual sus miembros buscan el interés personal por sobre el interés colectivo, a veces, incluso nos encontramos con personas carentes empatía, debido a la constante competencia en que nos encontramos insertos. La verdad, es que no queremos ver un país como el que acabamos de mencionar, queremos un país, en que las personas sean capaces de como se dice coloquialmente, “de ponerse la mano en el corazón”, un país en que reflejemos empatía y veamos lo hermoso y valioso que es ayudar a otros, en especial cuando esos “otros”, son personas que se encuentran en una calificación o situación similar a la nuestra, como por ejemplo, la calidad de “trabajador”. Volviendo al punto principal, creemos necesario un reconocimiento expreso de la huelga solidaria, y siguiendo lo que expresa la doctrina española sobre la materia, debemos ver al derecho de huelga no como una patología de los sistemas de relaciones laborales que hay que erradicar, sino como una manifestación del Principio de Solidaridad que es el que ha permitido al movimiento obrero ir defendiendo sus derechos no solo como trabajadores sino también como ciudadanos¹⁴³.

- d) Además de las tres clases de huelgas enunciadas, podemos destacar una cuarta clase de huelga en atención a su finalidad, la huelga contra convenio, huelga contractual o huelga novatoria: aquellas huelgas que tienen como finalidad alterar el convenio colectivo. Esta clase de huelga, debemos relacionarla con la cláusula de paz laboral,

¹³⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 369.

¹⁴⁰ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 16.

¹⁴¹ Como tampoco se encuentra reconocido por la Reforma Laboral.

¹⁴² Más adelante veremos que dicha afirmación no es del todo correcta.

¹⁴³ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos et alii, *Estudios sobre la Huelga* (Madrid, Editorial Bomarzo, 2005), p. 87.

hablamos de una cláusula obligacional que contiene todo convenio colectivo y que tiene como virtud impedir la convocatoria de huelgas que busquen la modificación de lo pactado en un convenio vigente¹⁴⁴. Sobre este punto seguiremos la postura del Comité, el cual comprende que “las huelgas decididas sistemáticamente mucho tiempo antes de que las negociaciones se lleven a cabo no caben dentro del ámbito del principio de la libertad sindical¹⁴⁵. En otros términos, y siguiendo la doctrina española, para que una huelga sea declarada ilegal por este motivo, la intención de los huelguistas de quebrantar lo pactado ha de ser clara y patente, sin que el modelo contractual de huelga actué a modo de espada de Damocles sobre el derecho de huelga constitucional en vigor¹⁴⁶.

Debemos señalar, antes de entrar en el estudio de las formas de huelgas en particular, la existencia de las denominadas huelgas procedimentales irregulares, es decir, aquellas las cuales ocurran fuera del marco procedimental para su configuración. En el caso chileno, nos referiríamos a todas aquellas clases de huelga que concurren fuera del marco de la negociación colectiva reglada, como última *ratio* de dicho procedimiento. En nuestro país, pareciera que todo lo que señalaremos a continuación no tiene cabida, debido a la prohibición indirecta que establece nuestro legislador sobre la materia, entendiéndose que existe prohibición indirecta cuando: una ley, decreto o reglamento somete el ejercicio del derecho de huelga a un número de formalidades tal y a la aplicación de medios de solución de conflictos de tal envergadura, de tal detalle, de tal prolongación en su trámite que, en la práctica, tiene el efecto de volver muy difícil o imposible el ejercicio del derecho de huelga. De hecho, esto equivale a negar el ejercicio del derecho¹⁴⁷.

Sin embargo, ello no es así, si seguimos lo que plantea Ugarte¹⁴⁸, quien comprende que la huelga sólo puede ser considerada ilegal en las hipótesis específicas que regulan las siguientes normas legales: la huelga que se enmarque dentro del tipo penal del artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado; la huelga típica en la hipótesis de los trabajadores que se encuentran en una negociación colectiva reglada y que no pueden declararse en huelga como lo dispone el artículo 384 CdT; y la huelga típica en el caso de trabajadores que se encuentren dentro de un proceso de negociación colectiva reglada y que no la sujeten al procedimiento previsto en las reglas legales respectivas. Si seguimos este planteamiento, las modalidades “atípicas” de huelga pueden tener aplicación en Chile, mientras no se enmarquen en alguna de las hipótesis enunciadas. Además, podemos fortalecer la aplicación de las modalidades “atípicas” de huelga en nuestro derecho, si seguimos la teoría externa de los derechos fundamentales, la cual, entiende que la determinación del contenido de dichos derechos se realice del modo más amplio posible, asumiendo de antemano que dicho contenido no será el definitivamente protegido¹⁴⁹. Por lo tanto, debemos asumir que si nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes, reconocen el derecho fundamental de

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴⁵ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 34.

¹⁴⁶ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos et alii, ob. cit., p. 66.

¹⁴⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 375.

¹⁴⁸ UGARTE CATALDO, José Luis, ob. cit., pp. 69 s.

¹⁴⁹ UGARTE CATALDO, José Luis, *Los derechos en su nueva hora: La teoría externa de los derechos fundamentales*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, N° 2 (Julio, 2011), p. 372.

huelga, lo hacen dichos textos, en toda su extensión, tomando no solo como huelga lo que legislador entiendo por tal (en su modalidad tradicional), sino que también, reconoce las demás formas de huelga, pese a no contar estas con una regulación sistemática expresa por parte de nuestro legislador nacional.

2. ENUMERACIÓN NO TAXATIVA DE LAS MODALIDADES DE HUELGA

Antes de abordar la enumeración no taxativa de las modalidades de huelga, es menester referirnos a que entendemos por autotutela sindical. En este trabajo, ya hemos distinguido a las modalidades de huelga de figuras como: la toma (medida de fuerza, la cual, para nuestra Corte Suprema tristemente consiste en una actuación antijurídica), la protesta (manifestación de otros derechos fundamentales), y la clasificación de huelga laboral, política y solidaria (clasificación, la cual atiende a los fines perseguidos por la huelga). Ahora debemos distinguir a ciertas formas de autotutela sindical, de las diversas modalidades de huelga.

Por autotutela sindical entendemos, “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 actual¹⁵⁰”. A partir de dicha definición en relación con el concepto de huelga en un sentido moderno que formulamos anteriormente, podemos comprender que no son modalidades de huelga, una declaración pública, una marcha, una olla común, asambleas informativas, entre otras figuras relacionadas. Debemos destacar, que con ello no queremos decir que dichas medidas constituyen actos ilícitos, sino todo lo contrario, son actos completamente lícitos en un Estado Democrático de Derecho, dado que dejan entrever el descontento de un grupo colectivo ante hechos que a su parecer son injustos, por lo cual, resultan ser amparados por otros derechos fundamentales, como por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho de reunión, etc. Lo que transforma a una medida de autotutela sindical en una modalidad de huelga es “la perturbación del proceso producto”, efecto el cual, al menos directamente no se consigue con las formas de autotutela sindical anteriormente mencionadas.

A continuación haremos un esfuerzo por enunciar y describir en términos generales las diversas formas que puede revestir la huelga. Varios autores han tocado el tema, pero no en extenso, sino que más bien se han dedicado a realizar enumeraciones breves, carentes de una clara sistematización, y un tanto ambiguas, por lo cual, trataremos de formular una enumeración lo más precisa y clara posible de la serie de modalidades que puede revistar la huelga. Cuando hablamos de las formas de huelga nos referimos “al comportamiento huelguístico o tipo de acción u omisión realizada por los trabajadores en la huelga¹⁵¹”. Claramente este comportamiento puede darse a través de un sin número de modalidades, teniendo como único límite la imaginación e ingenio de los trabajadores y sus asesores. Por lo cual, solo trataremos de mencionar y desarrollar las que a nuestro juicio son las más relevantes:

¹⁵⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la huelga*, cit. por GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 365.

¹⁵¹ PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, ob. cit., p. 426.

- a) Tortuguismo, huelga de bajo rendimiento o de trabajo lento o enlentecido: esta modalidad consiste en una disminución en la intensidad y rendimiento del trabajo sin llegar a la cesación del mismo¹⁵². Comprendemos que una especie de esta misma modalidad, es la huelga de celo o reglamento, ya que, en ambas la desaceleración productiva es el punto principal, siendo el tortuguismo el género y la huelga de celo o reglamento la especie, a pesar de que algunos autores las tratan como modalidades de huelga distintas¹⁵³. La huelga de celo o reglamento, consiste en cumplir con excesivo rigorismo todas las exigencias reglamentarias, incluso aquellas que en la práctica cotidiana se solían obviar por su intrascendencia o por la experiencia adquirida de que no generaban dificultades si no se cumplían¹⁵⁴. Cabe destacar que en esta modalidad de huelga no se detiene la actividad productiva por completo.
- b) Huelga de brazos caídos o huelga blanca: la diferencia con la huelga de bajo rendimiento, consiste en que en la huelga blanca, el cese de la actividad productiva es completa, pero manteniéndose los trabajadores en sus puestos de trabajo.
- c) Huelga activa, hípertrabajo o al revés: consiste en un aumento desmesurado del proceso producción, primordialmente con el objeto de agotar los recursos del empleador. Claramente, esta es la modalidad contraria del tortuguismo.
- d) Ocupación de la empresa, establecimiento, fabrica o centro de trabajo: esta modalidad consiste en la medida de acción directa consistente en asunción por parte del personal del control del ámbito físico de la empresa generalmente con su permanencia en el interior, con o sin cumplimiento de tareas, con o sin bloqueo de sus accesos, durante o más allá del lapso habitual de prestación de servicios¹⁵⁵. En atención a la causa que motiva dicha conducta, podemos clasificar la ocupación de establecimientos en tres tipos:
- 1) Ocupación de establecimiento de índole penal: en este caso estamos hablando del delito de usurpación, el cual se encuentra regulado en nuestro Código Penal^{156 157}. Por usurpación en materia penal comprendemos un

¹⁵² *Ibíd*, p. 427.

¹⁵³ *Ibíd*.

¹⁵⁴ CASTELLO ILLIONE, Alejandro, *Efectos de las huelgas atípicas sobre el salario*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31 (Julio-Diciembre, 2011), p. 96.

¹⁵⁵ CÉSAR ARESE, Mauricio, *La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos*. Disponible en: <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Argentina-lacolisio-Arese.pdf>

¹⁵⁶ Artículo 457 Código Penal: “*Al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repeliere, además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

Si tales actos se ejecutaren por el dueño o poseedor regular contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada”.

¹⁵⁷ Artículo 458 Código Penal: “*Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se llevare a efecto sin violencia en las personas, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.*

delito de apropiación por medios materiales, que recae sobre inmuebles o derechos reales, y además, en nuestra ley, sobre las aguas corrientes, que penalmente son en sí muebles¹⁵⁸. Básicamente lo que distingue a esta clase de ocupación de las demás que señalaremos más adelante, es que en este supuesto los trabajadores se estarían atribuyendo la calidad de dueños respecto del inmueble¹⁵⁹, lo cual como vemos, constituye un delito penal, que no encuadra dentro de la noción de ocupación de establecimiento que queremos desarrollar. De la misma manera Mayer¹⁶⁰ señala que la ocupación de una universidad o de una fábrica en cuanto tal, ha de quedar excluida del castigo penal, ya que en virtud de tal ocupación, la afectación de intereses patrimoniales ajenos usualmente se encontrará acotada en el tiempo y condicionada al cumplimiento de determinadas demandas. Tal circunstancia excluye el ánimo de señor y dueño y el ánimo de lucro en quienes la llevan a cabo, exigencia la subjetiva que subyace a todos los delitos de apropiación del Título IX, Libro II, Código Penal.

- 2) Ocupación de establecimiento de índole civil¹⁶¹: en este caso estamos hablando de la figura del precario. De acuerdo al artículo 2195 Código Civil, “Se entiende precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución. Constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño”. Dicha figura como vemos, podría entrar a confundirse con un delito de usurpación no violenta, sin embargo, en esta clase de usurpación se requiere que se actué usando engaño, astucia, intimidación, etc. en cambio, en el caso del precario estamos ante una simple ocupación pacífica, por ignorancia o negligencia del dueño. Lo que diferencia al precario de la ocupación de establecimiento de índole laboral, es que en el caso del precarista no existe colisión de derechos fundamentales, sino que existe un problema de titularidad del bien, el cual se resolverá vía juicio reivindicatorio¹⁶², es un problema que concierne a la justicia civil y no laboral.

¹⁵⁸ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal parte especial* (3° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), III, p. 367.

¹⁵⁹ Con el fin de ser más precisos con los términos, podemos decir que, en este supuesto se exige el denominado *animus rem sibi habendi* o animo de comportarse como dueño de la cosa (el cual constituyendo el dolo del delito) y además, pese a que en el tipo penal expresamente parece no exigirlo, comprendemos que al igual se requiere el ánimo de lucro (el cual constituye un elemento subjetivo propio del tipo distinto del dolo), por ser este una manifestación del *animus rem sibi habendi*.

¹⁶⁰ MAYER LUX, Laura, *El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42 (Mayo, 2014), pp. 315 s.

¹⁶¹ Claramente en este caso no estamos hablando de la ocupación como modo de adquirir el dominio, la cual regula el artículo 606 y siguientes Código Civil. Artículo 606 Código Civil: “*Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional*”.

¹⁶² El tema en particular parece interesante, en especial el abordar lo tocante al artículo 915 Código Civil (el cual se encuentra situado en materia de acción reivindicatoria), pero su análisis sería extendernos a un punto completamente innecesario en relación a nuestro trabajo en general. Sobre la materia véase: PÉREZ PEÑA, María, *La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del*

- 3) Ocupación de establecimiento de índole laboral: este caso se diferencia de los anteriores, por estar la ocupación, fundada en el derecho fundamental de huelga, el cual evidentemente colisión con el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 CPR), y para algunos también con la libertad de empresa (artículo 19 N° 21 CPR), por incidir la huelga en el poder de dirección y control del empleador respecto de los trabajadores de la empresa¹⁶³ (ambos también derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente). Admitir la ilicitud de las ocupaciones en virtud de la supuesta afectación que generan en el derecho de propiedad del patrono, sería equivalente a admitir que el derecho de propiedad es el más absoluto de los derechos, y que no admite ninguna clase de limitación, primando sobre todos los demás derechos¹⁶⁴. Según Aldunate¹⁶⁵, se habla de colisión o choque de derechos fundamentales cuando el efecto jurídico de la protección iusfundamental alegada por un sujeto (titular del respectivo derecho) es incompatible con el efecto jurídico perseguido por otro sujeto a partir de un alegato de protección iusfundamental. Por lo tanto, la pregunta es ¿Cómo solucionamos esta colisión?¹⁶⁶ Ante esta pregunta, primero debemos señalar que existen dos caminos que se pueden tomar, el recurso de protección regulado en nuestra Constitución (artículo 20 CPR) o el procedimiento de tutela laboral (artículo 485 y siguientes CdT)¹⁶⁷. En la situación en que nos encontramos, no será posible utilizar la acción de protección, debido a que el derecho de huelga, no se encuentra dentro de su marco de aplicación¹⁶⁸, por tanto solo nos

artículo 915 del código de bello, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, N° 1 (Marzo, 2014), pp. 387-421.

¹⁶³ Según Irureta: Los principales derechos de orden laboral que surgen del artículo 19 N° 21 CPR, aunque no los únicos, se vinculan con la libertad de contratación, la libertad de organización y las facultades de dirección y disciplina. IRURETA URIARTE, Pedro, *El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2 (Julio, 2013), p. 411.

¹⁶⁴ LEGNANI CERETTA, Cecilia; Dumpiérrez Sedevic, Andrea, *Ocupación de los lugares de trabajo*. Disponible en: http://www.fder.edu.uy/espaciodeltrabajo/boletines/boletin_1/Ocupacion%20lugares%20de%20trabajo%20Legnani%20Dumpierrez.pdf

¹⁶⁵ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, ob. cit., p. 269.

¹⁶⁶ Para poder responder dicha interrogante la doctrina constitucionalista tanto a nivel nacional como internacional, ha elaborado una serie de libros, artículos, ensayos, etc. por lo cual, solo nos limitaremos a expresar nuestra opinión acerca del particular, ya que de lo contrario nos extenderíamos demasiado sobre este punto.

¹⁶⁷ A nuestro modo de ver las cosas, es preferible optar por el procedimiento de tutela laboral, ya que, en dicho procedimiento conocerá un juez especializado en materia laboral, a diferencia del caso de la acción de protección, la cual es conocida por la Corte de Apelación, un tribunal que carece de un conocimiento completamente acabado sobre la materia. Además, por muchísimas otras ventajas que podríamos enunciar. Sobre la materia véase: MELLA CABRERA, Patricio; DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, *Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39 (Diciembre, 2012), pp. 192 s.

¹⁶⁸ Artículo 20 CPR: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva,

queda el procedimiento de tutela laboral, ya que, de la lectura del artículo 485 inciso 3° CdT¹⁶⁹ comprendemos que es posible incluir a la libertad sindical y por ende también el derecho de huelga. Sin embargo, a través de un análisis de la normativa procesal laboral vigente, vemos que esta colisión, sería fallada en la mayoría de los casos en favor del empleador: primero, por el doble requisito que debe cumplirse, ilegalidad e inconstitucionalidad de la medida, siendo bastante difícil arribar a una ilegalidad cometida por el empleador, ya que, la normativa laboral sustantiva vigente, restringe demasiado el derecho de huelga; segundo, aun no existe consenso a nivel jurisprudencia y doctrinal acerca de la aplicación directa e inmediata de las normas constitucionales; tercero, por la posible interposición del recurso de nulidad del artículo 477 CdT¹⁷⁰, recurso que es conocido y fallado por la Corte de Apelaciones, la cual, ha tendido a aplicar estrictamente la ley, por lo mismo en la práctica tiende a primar lo dicho por la ley en lugar de primar lo prescrito por la Constitución. Sin embargo, si seguimos la postura de Silva¹⁷¹, que comprende que la supremacía constitucional se entiende como la obligación del juez laboral de interpretar el derecho aplicable conforme a la Constitución, podremos, lograr una real consagración del derecho de huelga, a un nivel similar al de propiedad, por lo tanto, pudiendo el juez a través del juicio de ponderación, conocer y fallar, ante normas equiparables jurídicamente hablando.

- e) Huelgas articuladas o parciales: consisten en detener las tareas de acuerdo a un plan sindical previo. Estas paralizaciones, que se pueden desarrollar en breves periodos de tiempo en forma intermitente o por sectores en forma rotativa o afectar a un sector estratégico de la empresa, tienen por objetivo desorganizar la empresa y afectar su capacidad productiva¹⁷². Se caracterizan, por ser medidas de alto impacto

la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

¹⁶⁹ Artículo 485 inciso 3° CdT: “*Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.*

¹⁷⁰ Artículo 477 CdT: “*Tratándose de las sentencias definitivas, sólo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquélla se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.*

El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda”.

¹⁷¹ SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, *Supremacía Constitucional y Tutela Laboral*, en *Revista de Derecho*, vol. 24, N° 1 (Julio, 2011), p. 47.

¹⁷² LARRAÑAGA ZENI, Nelson, *El Derecho de Huelga y sus Límites (sine loco, sine die)*, p. 17.

que provocan daños muy importantes para la empresa que se concentran en pocos días, y de ahí, que tengan un efecto devastador sobre la producción¹⁷³. Tenemos tres clases de huelgas articuladas:

- 1) Huelga intermitente: consiste en la alternancia de paros breves con periodos de trabajo¹⁷⁴. En Italia se denomina *sciopero a singhiozzo* (huelga “con hipo”).
 - 2) Huelga rotatoria o turnante: esta clase de huelga articulada puede revestir dos modalidades. En primer lugar, tenemos a la huelga rotatoria vertical, la cual implica un paro sucesivo en distintos grupos o categorías de trabajadores. La segunda modalidad es, la huelga rotatoria horizontal, la cual, implica paralizaciones parciales que se concentran sucesivamente en diversos sectores de la empresa¹⁷⁵.
 - 3) Huelga tapón, selectiva, neurálgica, trombosis o de estrangulamiento estratégico: consiste en la paralización de un sector estratégico de la empresa, conduciendo a un quiebre de la producción¹⁷⁶. En otros términos, es una huelga parcial concentrada en un determinado sector, relativamente estratégico, cuya paralización conlleva la inactividad de la totalidad de la empresa¹⁷⁷. Básicamente consiste por lo tanto, en atacar donde más le duele al empleador.
- f) Piquetes sindicales: consisten en diversas acciones de los trabajadores huelguistas, en base a sus libertades constitucionales de opinión, expresión y reunión, a fin de convencer o impedir el trabajo de los esquiroleros o reemplazantes o de los trabajadores de la empresa que no desean adherir a la huelga¹⁷⁸. A pesar de que Gamonal los define como una manifestación de otros derechos fundamentales, a nuestro juicio constituyen modalidades de huelga. Los piquetes pueden asumir dos modalidades, piquetes defensivos o informativos y ofensivos. Los primeros son lícitos e implican aquella actividad a informar y presionar a los trabajadores y a la opinión pública por medio de asambleas, reuniones, pancartas, informativos, manifestaciones, etc. Los piquetes ofensivos son ilícitos, ya que utilizan la amenaza o la violencia física a fin de conseguir sus objetivos¹⁷⁹. En cuanto, a lo que ha manifestado el Comité sobre la materia, este entiende, que pueden ser prohibidos los piquetes de huelga, si la huelga pierde su carácter de pacífico¹⁸⁰.

¹⁷³ *Ibid*, p. 18.

¹⁷⁴ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 371.

¹⁷⁵ *Ibid*.

¹⁷⁶ LARRAÑAGA ZENI, Nelson, ob. cit., p. 19.

¹⁷⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 371.

¹⁷⁸ *Ibid*, p. 427.

¹⁷⁹ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; SALA FRANCO, Tomas, *Derecho Sindical*, cit. por GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 427.

¹⁸⁰ GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, ob. cit., p. 47.

- g) Huelga japonesa o huelga a la japonesa: consiste en “el uso de vinchas, brazaletes o distintivos, como forma de exteriorizar la situación, especialmente por parte del personal que está en contacto con el público¹⁸¹”. En cierto sentido tiene un efecto demostrativo, como lo tiene una marcha o manifestación ciudadana. Optamos el incluirlas dentro de las modalidades de huelga y no como una forma de manifestación de la libertad de expresión, porque dicha utilización de distintivos se realiza dentro de la jornada de trabajo, por lo cual entendemos que claramente es una conducta, una manera de cómo llevar a cabo la huelga. En cierto sentido perturbará el proceso productivo.

Además, de estas modalidades podemos enunciar otras modalidades que no desarrollamos por un tema de extensión, como lo son la huelga sorpresa (aquella la cual se realiza sin previo aviso); o la huelga relámpago, virtual, de advertencia o simbólica (hablamos un mini-paro de escasísima duración, por ejemplo, un minuto¹⁸²).

Dicha y descrita las modalidades de huelga más comunes y más desarrolladas por la doctrina, debemos adentrarnos al estudio de ciertas medidas de autotutela colectiva, las cuales no constituyen modalidades de huelga¹⁸³, es más, pueden incluso llegar a constituir atentado contra la buena fe en materia laboral o aun peor, ilícito sancionados penalmente. Nos referiremos a tres casos en específico: el sabotaje, el boicot, y las listas negras y listas blancas.

- a) Sabotaje: supone daño directo en objetos ajenos¹⁸⁴. Siendo más abundantes con el término, el sabotaje se produce cuando los trabajadores destruyen o dañan bienes de la empresa¹⁸⁵. Tradicionalmente el sabotaje se ha asociado a la causal de despido inmediato del artículo 160 N° 6 CdT, sin embargo, Irureta¹⁸⁶, expresa lo siguiente: contrariamente a lo que se ha señalado doctrinaria y jurisprudencialmente, la causal del artículo 160 N° 6 CdT tiene una regulación más amplia que el simple sabotaje. Sus contornos normativos permiten aplicarla a atentados de cierta entidad que provocan daños materiales sobre bienes concretos del empleador, así como sobre el valor de uso de los mismos (e incluso su inutilización). Por lo cual, vemos que el sabotaje es solo una de las formas que puede tomar la conducta señalada en el artículo 160 N° 6 CdT, siendo el sabotaje la más común. Por ello, es necesario que expliquemos cual es la conducta que establece dicha norma, para entender en que consiste el sabotaje. El artículo 160 N° 6 CdT señala que: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término

¹⁸¹ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 36.

¹⁸² ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 21.

¹⁸³ En estricto rigor, podríamos considerarlas modalidades de huelga, por ser medidas que perturban el proceso productivo, sin embargo, como señalamos, dicha terminología se encuentra reservada, para formas que conserven el carácter de pacíficas y que no atenten contra la buena fe latente en todo el derecho del trabajo, el referirnos a dichas medidas como modalidades de huelga, sería “enlodar” el nombre de aquello que pretendemos defender en este trabajo.

¹⁸⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo* (3° Edición, Buenos Aires, Depalma, 1998), 290.

¹⁸⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio, ob. cit., p. 427.

¹⁸⁶ IRURETA URIARTE, Pedro, *La ejecución de actos dañosos como fundamento de extinción del contrato de trabajo*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N° 2 (Septiembre, 2013), p. 169.

invocando una o más de las siguientes causales: El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías”. Podemos dividir el estudio de dicha norma siguiendo la nomenclatura del derecho penal^{187 188} por lo que sus elementos propios son:

- 1) Bien jurídico protegido: el patrimonio que el empleador ha utilizado para poner en movimiento la actividad productiva. La norma, además pone el acento en bienes con utilidad productiva y no en cualquier bien de la empresa. Por cierto, en caso de producirse daños a bienes del empleador que carecen de valor económico o de utilidad productiva, dicha conducta puede dar lugar a otro tipo de causales de extinción como sería el caso de incumplimiento grave de las obligaciones o la falta de probidad¹⁸⁹.
- 2) Sujeto activo y pasivo: en cuanto al sujeto activo, podemos afirmar que sin lugar a dudas este sería el trabajador dependiente, ya sea como autor en cualquiera de sus clases, o como participe en cualquiera de sus modalidades. En cuanto al sujeto pasivo, indudablemente este sería el empleador (trátese de una persona natural o jurídica), en cualquiera título en que ostente la o las cosas (propietario, poseedor o mero tenedor). Por último, en caso que el atentado vaya dirigido a otros bienes ya sea bienes de sus compañeros de trabajo o de terceros vinculados al empleador (clientes o proveedores), la causal de despido no sería el artículo 160 N° 6 CdT, sino otra (artículo 160 N° 1 o 7 CdT)¹⁹⁰.
- 3) Ámbito de ejecución de la infracción: comprendemos que la acción u omisión destinada a perjudicar debe producirse irremediamente con ocasión del contrato de trabajo. Sin embargo, dada la amplitud de los términos de la norma, nada impide que la acción se lleve a cabo fuera del establecimiento (por ejemplo, el sabotaje informático)¹⁹¹.
- 4) Perjuicio: la norma se refiere al perjuicio material y para Irureta el perjuicio material se produce tanto con la destrucción o alteración de la cosa como por su lesión del valor de uso, ocultación o desaparición¹⁹². Como debe existir un perjuicio material, es decir, externamente apreciable por los sentidos, vemos que tenemos que tomar en cuenta el resultado, y no la mera actividad. Lo que predomina en esta conclusión es la tesis de que en la tentativa no hay

¹⁸⁷ A pesar de la terminología que usaremos en este trabajo, en relación al sabotaje, debemos comprender que no siempre dicha conducta constituirá un delito penal, ya que todo dependerá de la gravedad de la conducta, como también el hecho de haber o no mediado dolo por parte del trabajador.

¹⁸⁸ En nuestro derecho, los delitos contra la propiedad (o mejor dicho, como los denomina la doctrina “delitos contra el patrimonio), se encuentran regulados en el Título IX: *Crímenes y simples delitos contra la propiedad*, del Libro II, del Código Penal.

¹⁸⁹ IRURETA URIARTE, Pedro, ob. cit., p. 153.

¹⁹⁰ *Ibid*, pp. 155 s.

¹⁹¹ *Ibid*, pp. 156 s.

¹⁹² *Ibid*, p. 159.

resultado de perjuicio, cuestión que la aparta decididamente de la redacción utilizada en el artículo 160 N° 6 CdT¹⁹³.

- 5) Intencionalidad: para que se configure la infracción, el CdT no solo exige voluntariedad de la conducta sino que, además, intención dolosa. Este dolo no es el mismo que se exige en materia penal, pero desde luego permite separar la mera ejecución de actos carentes de intención dañosa de aquellos en que el acto ha estado precedido de una clara intención de perjudicar patrimonialmente al empleador. De esta forma, la figura extintiva se aparta del diseño general de varias causales disciplinarias de despido en que el ilícito laboral se estructura a partir de la simple concurrencia de voluntariedad¹⁹⁴.
- 6) Objeto material: la disposición se refiere a las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías. Como puede apreciarse, el listado de alternativas que ofrece el CdT deja en evidencia que el objeto material del perjuicio será de preferencia (aunque no exclusivamente) una cosa de carácter corporal y que sea susceptible de sufrir una destrucción, deterioro o inutilización¹⁹⁵.

En relación al sabotaje la Reforma Laboral establece unas nuevas prácticas antisindicales y desleales¹⁹⁶, específicamente sanciona al trabajador que ejerciere fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas con ocasión del ejercicio de la actividad sindical, siendo una causal para que el dirigente sindical pierda el fuero sindical de que es titular. Por ello, vemos que la sanción es doble, por un lado, es aplicable la causal del artículo 160 N° 6 CdT, y por otro lado, tenemos la sanción del artículo 290 g) de la Reforma Laboral.

- b) Boicot, y las listas negras y listas blancas: en atención a la clasificación que puede recibir el boicot, este puede ser principal, inmediato o directo, cuando se dirige contra el empleador o secundario, mediato o indirecto, cuando se trata de afectar a otras empresas suministradoras o compradoras¹⁹⁷. En cuanto a las listas negras y listas blancas, podemos afirmar con toda certeza y seguridad que dichas medidas constituyen una grave vulneración del principio de buena fe que gobierna todo el derecho del trabajo.

Vale la pena hacer una breve mención acerca del marketing de la huelga. Lo importante no es ya (o no lo es solamente) la paralización de la producción, sino la ostentación de una disidencia. La ostentación de la divergencia, la publicitación del conflicto puede ayudar, por una parte, a posicionarse mejor ante la opinión pública, pero

¹⁹³ *Ibid*, p. 162.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 169.

¹⁹⁵ *Ibid*, pp. 167 s.

¹⁹⁶ Dicha causal se encuentra establecida en el artículo 290 g) de la Reforma Laboral.

¹⁹⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 20.

por otra parte golpea directamente en dos partes sensibles de la gestión empresarial de estos días: afecta, por un lado, la imagen corporativa, cara a las modernas empresas; y cuestiona, por otro lado, la existencia, viabilidad o mantención del involucramiento de los trabajadores en los fines y propósitos de la firma¹⁹⁸.

En relación al reconocimiento de las modalidades de huelga por parte de nuestra jurisprudencia nacional, cabe mencionar un caso en concreto, el despido de una trabajadora que adhirió a un paro de actividades, invocándose por parte de la empleadora la causal del artículo 160 N° 3 CdT¹⁹⁹, ya que, la trabajadora no ingreso a su lugar de trabajo por tres días en el mismo mes, sin causa justificada. El caso es interesante, ya que, la Corte de Apelaciones de San Miguel, acoge el recurso de nulidad en favor de la trabajadora, y por consiguiente declaró como injustificado el despido. El raciocinio de la Corte sigue lo que hemos expuesto a lo largo de este trabajo, particularmente los Convenios 87 y 98 de la OIT y el reconocimiento constitucional del derecho de huelga²⁰⁰. Este fallo nos parece muy positivo, ya que, de apoco vemos como los tribunales aplican convenios de la OIT, y de esta manera permiten la aplicación de las modalidades de huelga en nuestro país.

3. VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LAS MODALIDADES “ATÍPICAS” DE HUELGA

Claramente podemos señalar una serie de ventajas, es decir, aspectos positivos del reconocimiento de las diversas modalidades de huelga en nuestro ordenamiento jurídico, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

- a) La primera ventaja que podemos enunciar de una posible incorporación de las diversas modalidades de huelga en nuestro país, es como dijimos con anterioridad en este trabajo, el conseguir maximizar el efecto de la huelga, al menor costo posible para los trabajadores. Este es uno de los fundamentos del nacimiento de las modalidades “atípicas” de huelga, y por lo mismo, es la principal ventaja que ofrecen estas nuevas formas de huelga.
- b) En relación a los servicios esenciales, como señalamos, la práctica de modalidades de huelga diversas a la concepción tradicional, puede llevar a mermar el perjuicio que pudiera ocasionar el ejercicio de este derecho fundamental en los usuarios de servicios esenciales, tal como explicamos en el caso de la huelga de los bolígrafos en el capítulo anterior. Es decir, la práctica de las modalidades de huelga, puede incluso no lesionar el derecho de los usuarios y además, permitir el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores. Lo mismo podemos predicar respecto de la huelga de los funcionarios públicos. Si no existe un perjuicio grave al

¹⁹⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar, ob. cit., p. 35.

¹⁹⁹ Artículo 160 N° 3 CdT: “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra”.

²⁰⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de fecha: 09. 07. 2014. Rol 183-2014

interés público, la prohibición constitucional y legal de la huelga no tiene fundamento.

- c) Una ventaja novedosa, es desarrollada por Castello²⁰¹ en relación a los salarios de los trabajadores durante el ejercicio de una modalidad de huelga, distinta a la huelga clásica²⁰², el cual, cree que es posible una reducción del salario del trabajador, en relación al rendimiento de labores durante la huelga, claramente ello se predicara en atención a las utilidades recibidas por el empleador. Por ejemplo, en el caso del tortuguismo la cesación de la labores no es total, pudiendo el empleador, compensar ese menor trabajo, con un salario que claramente no puede ser equivalente al que le correspondía recibir en atención a su contrato de trabajo. Lo que busca esta postura es alcanzar el efectivo equilibrio en las prestaciones.
- d) Otra ventaja, es la externalización del conflicto, la cual se alcanza con modalidades de huelga, como, los piquetes y la huelga japonesa, de esta forma se estaría creando conciencia social, respecto a los problemas que perturban a los trabajadores en nuestro país. Además, dichas medidas puede ser más efectivas que una huelga clásica, en la medida que dañan la imagen corporativa de la o las empresas.

Para concluir este capítulo nos gustaría destacar que el reconocimiento de las modalidades de huelga en nuestro país, implicaría un gran avance en materia de libertad sindical, en cuanto, el pensamiento plasmado por José Piñera sigue latente hasta nuestros días, es más, la misma Reforma Laboral que debería fomentar la libertad sindical y sus diversas vertientes, sigue el modelo del Plan Laboral, como lo hemos visto a lo largo de este trabajo, en especial a la hora de entender que el objeto del conflicto colectivo se centra en el equilibrio de las remuneraciones, lo cual, es coherente a la economía de libre mercado, ello desvirtúa no solo la negociación colectiva, sino también el derecho de huelga, y por consiguiente las diversas modalidades del derecho fundamental de huelga.

Por ello, creemos que la principal ventaja o beneficio del reconocimiento expreso de las modalidades de huelga, es de carácter social, ya que, ayudaría a fortalecer el Estado Democrático de Derecho, por establecer una mayor tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito colectivo. Además, podemos destacar una novedosa concepción desarrollada por Ugarte²⁰³, hablamos de la concepción robusta del derecho del trabajo, la cual, implica que la protección del trabajador quedaría satisfecha si este logra, por medio de la acción normativa del derecho del trabajo, acceder a una cuota de poder, en virtud de la cual, la administración y control de su trabajo, no este entregada a otro, sino

²⁰¹ CASTELLO ILLIONE, Alejandro, ob. cit., p. 100.

²⁰² Claramente en la huelga tradicional regulada por nuestra legislación laboral, uno de los efectos de huelga, es la suspensión de los contratos individuales de trabajo, por consiguiente el trabajador no se encuentra obligado a prestar sus servicios y el empleador no se encuentra obligado a pagar las remuneraciones. Artículo 377 CdT: *“Durante la huelga o el cierre temporal o lock-out se entenderá suspendido el contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados o a quienes afecte, en su caso. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato”*.

²⁰³ UGARTE CATALDO, José Luis, *Derecho del trabajo: Invención, teoría y crítica* (Santiago, Legal Publishing, 2014), p. 63.

que se comporta en un plano de paridad con su contraparte. Esto último, se alcanza en plano de la huelga, a través del reconocimiento de las modalidades de huelga, que apuntan y buscan una igualdad en la relación laboral. Por lo mismo, es que nuestra propuesta en síntesis radica en una reforma verdadera al sistema de relaciones laborales colectivas, en el particular, un reconocimiento expreso de las diversas formas de autotutela sindical que merecen los trabajadores.

CONCLUSIONES

Como hemos evidenciado en este trabajo, claramente es posible afirmar que nuestra Constitución, como los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, reconocen el derecho de huelga con sus múltiples modalidades. Sin embargo, solo es posible arribar a dicha afirmación, a través de una serie de interpretaciones, siendo muy necesaria a nuestro juicio una reforma constitucional sobre la materia. A continuación señalaremos las conclusiones a las cuales hemos arribado a lo largo de este trabajo.

En cuanto a la definición de libertad sindical, podemos a estas alturas predicar con toda propiedad que el ordenamiento jurídico internacional y nacional, entienden a la libertad sindical en un sentido amplio, es decir, entienden que la libertad sindical se compone principalmente del derecho de sindicación, derecho de negociar colectivamente y derecho de huelga, siendo estos tres derechos fundamentales tan importantes como cualquier otro derecho fundamental reconocido por la Constitución o tratado internacional sobre derechos humanos. En el caso de la normativa internacional, el reconocimiento de la libertad sindical en sentido amplio era más que evidente, por la terminología empleada por los textos internacionales y por la interpretación que los órganos principales de control hacen de los mismos. En el caso de nuestra Constitución, no resulto tan evidente dicho reconocimiento de la libertad sindical en sentido amplio, pero a través de una interpretación armónica de las disposiciones de la Carta Fundamental, específicamente la relación entre el artículo 19 N° 19 y artículo 19 N° 16 inciso 5° y 6° CPR, pudimos llegar a la misma conclusión que con los tratados internacionales.

De acuerdo a que debemos entender por huelga, conforme a los estándares internacionales sobre la materia y las características propias de un Estado Democrático de Derecho, debemos inclinarnos evidentemente ante una definición moderna y amplia de huelga, como hemos señalado a lo largo de este trabajo. Por ello, entendemos que la huelga en términos generales es, aquel derecho fundamental, del cual gozan los trabajadores, en virtud del cual, se les permite perturbar el proceso productivo, de la manera que más les acomode, para lograr los fines que estos mismo se propongan, de forma pacífica y respetando las demás garantías fundamentales de rango constitucional e internacionales vigentes, excluyéndose toda clase de sabotaje y respetando los principios del derecho del trabajo, especialmente el de buena fe. Además, debemos tener especial cuidado en determinar si en el caso concreto estamos ante una modalidad de huelga o ante el ejercicio de otro derecho fundamental, como por ejemplo, el caso que desarrollamos de la protesta social, entendida como una manifestación de otros derechos fundamentales (libertad de expresión y derecho de reunión).

En cuanto al reconocimiento del derecho de huelga a nivel internacional, podemos afirmar con toda seguridad que, el derecho de huelga se encuentra reconocidos en diversos tratados internacionales. Se encuentra reconocido expresamente en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. También, se encuentra reconocido en los convenios fundamentales de la OIT sobre libertad sindical (Convenio 87 y 98 de la OIT), ya que, así lo ha entendido la Comisión y el Comité al interpretar las disposiciones de dichos convenios. Y además, se encuentra reconocidos en los demás tratados

internacionales sobre derechos humanos que enunciamos (Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos), si arribamos a dicho textos por medio de una interpretación evolutiva, la cual, ha sido considerada como unas de los métodos de interpretación más importantes a nivel internacional²⁰⁴. En el caso concreto de nuestro país, debemos destacar que como expusimos, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, gozan de rango constitucional, por la citada norma del artículo 5 inciso 2° CPR, por lo cual las normas internacionales, en especial los convenios de la OIT, complementan el derecho fundamental de la libertad sindical, y por consiguiente el derecho de huelga en nuestro país. Claramente, el panorama cambian si se trata de otro tipo de tratados internacionales, los cuales como expusimos solo gozan de rango legal o supralegal pero infraconstitucional.

En atención a la huelga de los funcionarios públicos y los servicios esenciales en la huelga, podemos decir lo siguiente: primero, respecto de la huelga de los funcionarios públicos, vimos cómo, estamos ante una evidente falta de adecuación de las normas de nuestra Constitución al Convenio 151 de la OIT referido a las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (el cual fue ratificado por Chile el año 2000), ya que, nuestro constituyente no hace más que prohibir la huelga de los funcionarios públicos y bien sabemos, después de analizar el artículo 9 del convenio antes citado, que si bien, puede limitarse el ejercicio del derecho de huelga en este supuesto, en ningún caso este puede prohibirse expresamente como lo hace nuestro constituyente. Respecto de los servicios esenciales en la huelga, vimos como el constituyente y el legislador consagran un concepto amplio de servicios esenciales, lo cual, es completamente contrario a lo manifestado por la OIT que formula un concepto restringido de servicios esenciales, además, destacamos el hecho de que no se respeta el contenido esencial de un derecho fundamental, ya que, la legislación imperante sobre la materia entrega el contenido esencial a la administración, lo cual es una aberrante vulneración a la Constitución, en general resaltamos la evidente inconstitucionalidad del artículo 384 CdT en específico, y la falta de compromiso del gobierno en reducir el catálogo de servicios esenciales.

Acerca de la pregunta de si nuestra Constitución consagra el derecho de huelga, hicimos mención de cuatro teorías (tesis restrictiva, tesis del derecho implícito, tesis del bloque de constitucional y tesis dogmática). Inclinándonos finalmente por la tesis dogmática, por la ventaja señala por Gamonal, de que si seguimos esta tesis podemos predicar el reconocimiento constitucional del derecho de huelga, aun bajo la hipótesis de que no exista el artículo 5 inciso 2° CPR, y además, porque dicha postura es un fiel reflejo del dinamismo consustancial de todo ordenamiento jurídico, ya que, de lo contrario no le estaríamos dando la posibilidad al Código Político de ajustarse a las nuevas realidad, lo cual, va en contra de la naturaleza de toda Constitución. Además hicimos hincapié, en la subordinación que debe la ley a la Constitución, en virtud de la supremacía constitucional y el principio de interpretación conforme a la Constitución, con los cuales, ampliamos el espectro de conductas huelguistas que pueden emplear los trabajadores, pese a la falta de reconocimiento legal de las mismas.

²⁰⁴ Debemos recordar que, todos aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos se encuentran ratificados por Chile y plenamente vigentes.

En cuanto a la legislación vigente sobre la materia y la Reforma Laboral venidera, no tuvimos mucho que decir, ya que, ambas reconocen al derecho de huelga solo como una fase dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, lo cual, no da cabida a las modalidades de huelga, además, formulamos algunas críticas sobre la reforma en relación a la regulación del derecho de huelga en específico, entre las cuales destacamos: la falta de reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios públicos, el concepto de huelga “tímido” que solo resalta su carácter de pacífico, el mantiene de la prohibición de hacer uso del derecho de huelga para los sindicatos de empresas de servicios estratégicos, entre otros temas. En síntesis, la Reforma Laboral podemos decir que es un fiel reflejo del Plan Laboral, pudiendo destacar solamente la prohibición del descuelgue durante la huelga como algo positivo, y en cuanto a la prohibición del reemplazo de los trabajadores durante la huelga, vimos que es solo medianamente positivo, ya que, la misma reforma, permite que por otras vías y por una cuestión terminológica se pueda reemplazar a los trabajadores de todas formas.

Sobre la clasificación de huelga laboral, política y solidaria podemos decir lo siguiente: la noción de huelga laboral de nuestro derecho, es reducida, ya que como vimos en relación a la negociación colectiva, se busca circunscribir su finalidad a un interés meramente económico, no dando espacio a mejoras en otros aspectos de la vida de los trabajadores; en cuanto a la huelga política, vemos que se encuentra prohibida por la criminalización que se hace de la misma, por parte de la Ley de Seguridad Interior del Estado, lo cual, es una grave vulneración a la libertad sindical, según lo manifestado por la OIT; y finalmente, respecto de la huelga solidaria, vemos una falta de reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, lo cual como señalamos nos parece penoso desde el punto de vista de la empatía humana.

Al enumerar las diversas modalidades de huelga, hicimos hincapié en el hecho de que dicha enumeración no puede revestir un carácter de taxativa, ya que, de lo contrario, incurriríamos en aquella mala práctica de limitar un derecho fundamental en su contenido esencial. Dicho ello, desarrollamos las modalidades de huelga que a nuestro juicio son las más “populares” y más desarrolladas por la doctrina, entre las cuales destacamos el tortuguismo (con una especie de la misma, la huelga de celo o reglamento), la huelga de brazos caídos, la huelga activa, la ocupación de establecimiento, la huelga parcial (con sus diversas sub modalidades: huelga intermitente, huelga rotatoria y huelga tapón), los piquetes sindicales y la huelga japonesa. Sin duda, la modalidad que mayormente desarrollamos fue la ocupación de establecimiento, creando una distinción entre ocupación de índole penal, civil y laboral, para luego analizar la ocupación de índole laboral y su colisión con el derecho de propiedad²⁰⁵. Además, desarrollamos figuras transgresoras del principio de buena fe en materia de laboral, las cuales no pueden ser consideradas como formas lícitas de llevar a cabo una huelga, como el sabotaje, el boicot, y las listas negras y blancas. En especial analizamos el sabotaje y su relación con el artículo 161 N° 6 CdT, para culminar concluyendo que la figura que regula dicha norma es más amplia que el sabotaje, pero que sin embargo, resulta relevante su comprensión para entender el sabotaje.

²⁰⁵ Y libertad de empresa, si seguimos la postura enunciada por parte de la doctrina. Véase: la pagina 34 de este trabajo.

Finalmente, logramos mencionar a título ejemplificativo, las diversas ventajas del reconocimiento de las diversas modalidades de huelga en nuestro país, destacando: el fundamento mismo de las huelgas “atípicas”, es decir, conseguir el máximo efecto de la huelga al menor costo posible para los trabajadores; la posible merma del perjuicio al interés público que puede implicar el reconocimiento de las modalidades “atípicas” de huelga en los servicios esenciales y en el caso de los trabajadores que ejercen funciones públicas, de esta forma solo afectando al empleador y no a los usuarios del servicio; el descuento de los salarios de los trabajadores que llevan a cabo no una huelga clásica, sino una modalidad de huelga que no implique el cese total de actividades laborales; y la externalización del conflicto, para que de esta manera la ciudadanía genere conciencia social, respecto a las demandas de los trabajadores concertados colectivamente.

BIBLIOGRÁFICA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos Fundamentales* (Santiago, Legal Publishing, 2008).

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2 (Octubre, 2010), pp. 185-210.

ARTURO DE DIEGO, Julián, *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social* (5° Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2002).

BARBAGELATA, Héctor, *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales* (2° Edición, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009).

BASSA MERCADO, Jaime; ASTE LEIVA, Bruno, *Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1 (2015), pp. 215-244.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General* (2° Edición, Santiago, Legal Publishing, 2011).

BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio; NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *La Constitución comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot, 2012).

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El reconocimiento de la libertad sindical y el problema de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 20 (2008), pp. 419-444.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Las transformaciones del trabajo, La crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico*, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 18 (Julio, 2005), pp. 25-54.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo; UGARTE CATALDO, José Luis, *Negociación colectiva y libertad sindical un enfoque crítico* (Santiago, Legal Publishing, 2008).

CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón, *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado* (Madrid, Editorial Trotta, 1997).

CASTELLO ILLIONE, Alejandro, *Efectos de las huelgas atípicas sobre el salario*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31 (Julio-Diciembre, 2011), pp. 87-102.

CÉSAR ARESE, Mauricio, *La huelga como un derecho fundamental y sus posibles conflictos con otros derechos fundamentales de los ciudadanos*. Disponible en: <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/01/Argentina-lacolisio-Arese.pdf>

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, N° 2 (Septiembre, 2009), pp. 11-49.

CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la reforma. Doctrina y jurisprudencia*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1 (Abril, 2003), pp. 365-374.

ERMIDA URIARTE, Oscar, *Apuntes sobre la huelga* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1986).

ERMIDA URIARTE, Oscar, *La flexibilización de la huelga* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999).

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal parte especial* (3° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), III.

FERNÁNDEZ TOLEDO, Raúl, *La constitución de sindicatos con fines ilícitos y sus efectos jurídicos en el derecho del trabajo chileno*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 20, N° 2 (Mayo, 2014), pp. 157-208.

FUNDACIÓN SOL, *Manifiesto Laboral. Por un nuevo modelo de relaciones laborales*. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/10/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf>

FUNDACIÓN SOL, *Proyecto de Reforma Laboral. Síntesis de los principales puntos en discusión*. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/09/IBV5-Final1.pdf>

FUNDACIÓN SOL, *Reforma Laboral. ¿Pone fin al Plan Laboral de la dictadura o lo consolida?* disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2015/03/Fundaci%C3%B3n-SOL-2015-Cuadernillo-Reforma-Laboral.pdf>

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo* (2° Edición, Santiago, Legal Publishing, 2011).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Efectos de la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT, en el derecho colectivo chileno*, en *Revista Laboral Chilena*, (Noviembre, 1999), pp. 81-91.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El ABC del contrato de trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2013).

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *El derecho de huelga en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N° 1 (Abril, 2013), pp. 105-127.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117, N° 4 (1998).

GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del trabajo y de la seguridad social. Doctrina, legislación, jurisprudencia, y modelos* (11° Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005), II.

IRURETA URIARTE, Pedro, *Constitución y orden público laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena*, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 9 (2006).

IRURETA URIARTE, Pedro, *El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 11, N° 2 (Julio, 2013), pp. 369-424.

IRURETA URIARTE, Pedro, *La ejecución de actos dañosos como fundamento de extinción del contrato de trabajo*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, N° 2 (Septiembre, 2013), pp. 147-173.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Contrato Individual de Trabajo* (Santiago, Legal Publishing, 2010).

LANATA FUENZALIDA, Gabriela, *Sindicatos y Negociación Colectiva* (Santiago, Legal Publishing, 2012).

LARRAÑAGA ZENI, Nelson, *El derecho de huelga y sus límites* (sine loco, sine die).

LEGNANI CERETTA, Cecilia; Dumpiérrez Sedevcic, Andrea, *Ocupación de los lugares de trabajo*. Disponible en: http://www.fder.edu.uy/espaciodeltrabajo/boletines/boletin_1/Ocupacion%20lugares%20de%20trabajo%20Legnani%20Dumpierrez.pdf

LOVERA PARMO, Domingo, *Toma de colegios (y protestas). Comentario de la sentencia de la Corte Suprema rol N° 23.540-2014, de 4 de Noviembre de 2014*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1 (2015), pp. 585-595.

MAYER LUX, Laura, *El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 42 (Mayo, 2014), pp. 285-319.

MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido, *Derecho Colectivo del Trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989).

MELLA CABRERA, Patricio; DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, *Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 39 (Diciembre, 2012), pp. 177-219.

MELLA CABRERA, Patricio; DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro, *Trabajo y derecho: Un padre ausente, el conflicto social*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 1 (2015), pp. 105-148.

MONTT BALMACEDA, Manuel, *Principios de derecho internacional del trabajo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984).

MUNILLA ESPINOZA, Verónica, *Crimen y castigo. La huelga general como delito. Los trabajadores como delincuentes*, en *Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 10 (2014).

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El valor jurídico asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al derecho convencional internacional de los derechos humanos y su fuerza normativa en el periodo 2006-2013*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2 (2014), pp. 409-435.

PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo* (16° Edición, Madrid, Editorial Universitario Ramón Areces, 2008).

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos et alii, *Estudios sobre la huelga* (Madrid, Editorial Bomarzo, 2005).

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago, *El derecho de la huelga* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1993).

PÉREZ PEÑA, María, *La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del código de bello*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, N° 1 (Marzo, 2014), pp. 387-421.

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1 (Mayo, 2003), pp. 467-484.

PIÑERA ECHENIQUE, José, *La Revolución Laboral en Chile* (Santiago, Editorial Zig-Zag, 1990).

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo* (3° Edición, Buenos Aires, Depalma, 1998).

ROJAS MIÑO, Irene, *Los Desafíos Actuales del Derecho del Trabajo en Chile*, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 12, N° 1 (2006), pp. 234-250.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), XIII.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, *La dimensión legal de la interpretación constitucional*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2 (2014), pp. 437-471.

SILVA IRARRÁZAVAL, Luis, *Supremacía Constitucional y Tutela Laboral*, en *Revista de Derecho*, vol. 24, N° 1 (Julio, 2011), pp. 31-48.

UGARTE CATALDO, José Luis, *Derecho del trabajo: Invención, teoría y crítica* (Santiago, Legal Publishing, 2014).

UGARTE CATALDO, José Luis, *El derecho de huelga y los servicios esenciales en Chile: cuando el legislador hace el trabajo sucio*, en *Revista Laboral Chilena*, N° 167 (Junio, 2008), pp. 82-84.

UGARTE CATALDO, José Luis, *El nuevo derecho del trabajo* (Santiago, Editorial Universitaria, 2004).

UGARTE CATALDO, José Luis, *La Corte Suprema y derecho de huelga: Aquí no, por favor*, en *Revista de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N° 4 (2009), pp. 89-96.

UGARTE CATALDO, José Luis, *La huelga en el derecho laboral chileno: Superando el espejismo*, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, vol. 2, N° 4 (2014), pp. 63-71.

UGARTE CATALDO, José Luis, *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro*, en *Revista de Derecho*, vol. 20, N° 2 (Diciembre, 2007), pp. 49-67.

UGARTE CATALDO, José Luis, *Libertad sindical y Constitución: Como superar una vieja lectura*, en *Revista Laboral Chilena*, N° 86 (Mayo, 2000), pp. 69-79.

UGARTE CATALDO, José Luis, *Los derechos en su nueva hora: La teoría externa de los derechos fundamentales*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, N° 2 (Julio, 2011), pp. 361-373.

URZÚA MANCILLA, Leandra, *El vínculo de subordinación y dependencia, como elemento del contrato de trabajo* (Santiago, Lexis Nexis, 2003).

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional* (sine loco, 2005).

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), pp. 4-17.

VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *El sindicato en el derecho Argentino* (Buenos Aires, Astrea, 1981).

VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional* (2° Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), I.

VIERA ÁLVAREZ, Christian, *Estado social como fórmula en la Constitución chilena*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 21, N° 2 (Mayo, 2014), pp. 453-482.