



Tesina de Pregrado de la Escuela de Derecho

**“La huelga en los servicios esenciales: un derecho que pide a gritos
reforma”**

Tesistas: Paloma Muñoz Lira.

Claudia Pardo Molina.

Profesora guía: Daniela Marzi Muñoz.

Fecha: 14 de noviembre de 2011.

Índice

Tabla de Abreviaturas	4
Resumen	5
Introducción	6
Capítulo I: El derecho de huelga en Chile	
1. El Plan Laboral.....	8
1.1 Antecedentes Históricos: la raíz del problema.....	8
1.2 Reformas al Plan Laboral: un proyecto falaz.....	10
2. Libertad Sindical.....	11
3. La huelga como derecho fundamental.....	13
3.1 Regulación a nivel internacional: ¿tabla de salvación?.....	13
3.2 La huelga en términos negativos.....	14
3.3 La huelga en la ley: una institución anulada.....	15
Capítulo II: Servicios Esenciales	
1. Consideraciones Previas.....	18
1.1 Colisión de bienes jurídicos: la difícil tarea del legislador.....	19
1.2 Distinción entre servicios esenciales y servicios públicos: un error común.....	20
1.3 Servicios Esenciales y Servicios Mínimos: las hormigas que mantienen el sistema activo.....	24

1.4 Servicios de Mantenimiento y Servicios de Seguridad: breve referencia.....	26
2. Definición de Servicios Esenciales.....	26
2.1 La forma, el ente y el medio: grandes decisiones.....	26
2.2 La definición de servicios esenciales: un trabajo nada minucioso.....	27
3. Mecanismos compensatorios de la huelga.....	30
4. La situación en Chile.....	31
4.1 Análisis del 384: el núcleo problemático.....	31
4.2 Caso FENATRAOS.....	33
Capítulo III: Derecho Comparado	
1. Alemania.....	36
2. Italia.....	37
3. México.....	38
4. Uruguay.....	39
5. Argentina.....	41
6. España.....	43
Capítulo IV: Nuestras Consideraciones.....	46
Conclusiones.....	53
Bibliografía.....	55

Tabla de Abreviaturas

ANEF	Agrupación Nacional de Empleados Fiscales
ANEIICH	Asociación Nacional de Funcionarios de Impuestos Internos de Chile
BGB	Código Civil Alemán
CdT	Código del Trabajo
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
DLRT	Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo
FENATRAOS	Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SII	Servicio de Impuestos Internos
TC	Tribunal Constitucional

Resumen: *La regulación del derecho del trabajo, en nuestro país, da lugar a diversos conflictos que a lo largo de la historia legislativa han tratado de paliarse a través de distintas leyes y reformas. Menester es partir el análisis con uno de los momentos más funestos de nuestra historia nacional, tanto en el aspecto político-social, como en el derecho laboral, a saber, la dictadura. En este escenario nace el Plan Laboral, cuya percepción de la huelga es la de una herramienta propia del marxismo, innecesaria para nuestra sociedad. Pero más complejo que la regulación de la huelga en sí, es la que dice relación con el ejercicio de este derecho en los servicios esenciales, cuyo entrecruzamiento de bienes jurídicos da lugar a un importante debate al momento de ser ponderados, así como la definición de los mismos, su regulación por parte de la autoridad administrativa y su poca acertada regulación legal.*

Palabras clave: *Plan Laboral, Libertad Sindical, Derecho de Huelga, Servicios Esenciales, Servicios Mínimos.*

Introducción

Nuestro recorrido comienza con un análisis del Plan Laboral, implementado durante la época de la dictadura, y que dio como resultado una importante restricción de los derechos de los trabajadores, tales como la sindicación, la negociación colectiva y la huelga. Sabemos de antemano que el tratamiento jurídico que recibe este último derecho deja bastante que desear, tanto así que hasta los organismos internacionales relacionados con los derechos laborales le han llamado la atención a nuestro país para que haga reformas que vayan de la mano con los avances que se requieren para un país en vías de desarrollo.

El problema más crítico se presenta en el ámbito de la huelga de los trabajadores de los servicios esenciales de la comunidad, dado que ésta se trata de una regulación casi inexistente, tanto a nivel legal, como a nivel constitucional, pues ya veremos que el derecho de huelga ni siquiera cuenta con un reconocimiento expreso en un documento tan importante, de tanta jerarquía y tan garantizador de derechos como lo es la Carta Fundamental. Todo esto ha redundado en un vacío que se ha ido llenando a través de la decisión unilateral de la autoridad administrativa, sin dar posibilidades de discusión ni menos aún de regulación legislativa del conflicto que se presenta cuando nos hallamos en un plano tan trascendental como el de los servicios esenciales.

No obstante nuestro apego a la doctrina que sostiene que el derecho de huelga es un derecho fundamental por la vía de la aplicación del artículo 5° y el artículo 19 n° 16 de la Constitución, estimamos igualmente que es necesaria una reforma que reconozca de una vez por todas el derecho de huelga, a los servicios esenciales y a los servicios mínimos (como una garantía de mantenimiento de las prestaciones) de una forma positiva, para que se encomiende el desarrollo de su ejercicio a una ley, y que no dependa de actos administrativos que no ofrecen resguardos ni control.

El debate central en la huelga de los servicios esenciales se refiere al enfrentamiento de bienes jurídicos relevantes, por un lado están los derechos de los trabajadores y, por otro lado, los derechos de los usuarios de estos servicios, otorgándose como una medida de

restricción del derecho de huelga y a la vez como garantía a los usuarios, el mantenimiento de los servicios esenciales a través del nombramiento de servicios mínimos que continúen funcionando. De esta forma, se evita que se restrinja totalmente el derecho de huelga y más bien se intente conciliar ambos sectores. Por lo tanto, nuestras propuestas serán una reforma constitucional acabada; que la regulación de la huelga sólo pueda hacerse a través de una ley, acorde con el principio de reserva legal; y la implantación de distintas figuras, que en experiencia del derecho comparado, han resuelto los problemas y conflictos que en nuestro país recién comienzan a ser tratados.

Capítulo I: El Derecho de Huelga en Chile

1. El Plan Laboral

1.1 Antecedentes históricos: la raíz del problema.

En Chile, en el contexto de la negociación colectiva, podemos distinguir dos modelos de regulación normativa: el primero se extiende desde la dictación de las leyes sociales- y que se incluye en el Código del Trabajo de 1931- hasta el gobierno militar de 1973; y el segundo, se introduce por este régimen hasta nuestros días por medio de los Decretos Leyes N° 2.756 sobre Organizaciones Sindicales y N° 2.758 sobre Negociación Colectiva, con algunas reformas posteriores, que en adelante llamaremos Plan Laboral.

Siguiendo la misma línea con el resto de los países latinoamericanos de la época, en Chile este modelo normativo no se construyó en base a consenso, sino que todo lo contrario, se instituyó completamente al margen de un proceso de consulta general, de manera autoritaria, y aún con la caída del régimen militar y con el posterior retorno de la democracia, no se volvió a instaurar el diálogo social en el marco de las relaciones laborales. Es más, el propio José Piñera, Ministro del Trabajo y Previsión Social en ese momento, lo reconoció años más adelante, señalando que “el imperativo era democratizar el mundo sindical, sin embargo, había un problema. No existía en ese momento en Chile un mecanismo democrático para aprobar la ley del Plan Laboral, esa era una realidad que no se podía alterar...” (1990: p. 29). Lo que primeramente pretendió ser un instrumento revolucionario de la normativa existente hasta ese momento, la completa inexistencia de debate en su implementación dio lugar a un instrumento de limitación del derecho de sindicación. De este modo, la negociación colectiva se ve restringida, ya que lo que se buscaba en ese instante por parte del gobierno militar no era un derecho laboral para los trabajadores sino un derecho para proteger los intereses de los empleadores, con la pretensión de negar la existencia del conflicto colectivo en el marco de las relaciones laborales.

Las características básicas del Plan Laboral, en el ámbito de las relaciones colectivas, apuntan a una rígida regulación del Derecho Colectivo del Trabajo: limitando el poder de la organización laboral, ya sea como expresión de sus reivindicaciones directas o como expresión sociopolítica en representación de los sectores laborales. Para ello se reguló con gran detalle cada una de las instituciones jurídico laborales, estableciendo, además, limitaciones y prohibiciones respecto de las organizaciones sindicales, de la negociación colectiva y de la huelga (Rojas, 2007: p. 202).

Según Videla, el esquema de la negociación colectiva que instituyó el Plan Laboral se puede resumir en los siguientes puntos: a) la Constitución Política de 1980 establece que el derecho a negociar colectivamente sólo se puede ejercer en el ámbito de la empresa en que se prestan servicios. Depende de la realidad de cada una de las empresas involucradas la determinación de la negociación colectiva, en cuanto a su capacidad económica o en cuanto al poder negociador que tengan los trabajadores en su interior; b) para proteger la productividad, eficacia de cada empresa, y por lo tanto, la competencia entre ellas, a través de la negociación colectiva no se pueden establecer condiciones generales mínimas al sector al cual pertenecen; c) los instrumentos colectivos sólo tendrán efecto para quienes participaron en la negociación y no regulará a quienes se incorporan posteriormente. Por lo tanto, los instrumentos colectivos dejan de tener carácter normativo general; d) se alienta la relación individual de trabajo en desmedro de las relaciones solidarias y colectivas, ignorando la concepción social y proteccionista de la norma laboral; e) representa una concepción realista, ya que se negocia durante la vigencia del instrumento colectivo anterior, y no a su expiración; f) no se establecen exigencias obligatorias al empleador para que entregue toda la información técnica y económica sustentadora de una base veraz, confiable y transparente del proceso negociador; g) una vez que vence el contrato colectivo, expiran los derechos y beneficios convenidos entre ambas partes. La permanencia de éstos depende del acuerdo entre ellas, siendo que la negociación colectiva tiene por objeto la modificación y el mejoramiento de las condiciones pactadas, y no su existencia misma. En materia laboral, inexplicablemente, no rige la norma del Código Civil en cuanto a que los contratos son una ley para las partes contratantes. Así, en el campo de los contratos colectivos, no existen derechos adquiridos (1993: p. 216).

1.2 Reformas al Plan Laboral: un proyecto falaz.

El Plan Laboral ha sido objeto de diversas reformas por parte de los gobiernos posteriores al régimen militar, a través de la Ley 19.049 de febrero de 1991; la Ley 19.069 de julio de 1991; y la última gran modificación de la Ley 19.759 de 2001. A modo de ejemplo -y sin afán de ahondar en ellas- en cuanto a las dos primeras reformas, la negociación colectiva se mantuvo a nivel de empresa; en cuanto a la titularidad, por la parte patronal está el empleador, y en la parte trabajadora el sindicato o grupo de trabajadores, y a nivel pluriempresa la federación, confederación y la central sindical; en cuanto a las materias objeto de negociación se eliminan algunas prohibiciones, que constituían un verdadero catálogo, sin embargo se mantiene la prohibición de negociar respecto de aquellos temas que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma, lo que se conoce como *ius variandi*; en cuanto a la huelga se eliminó la restricción de duración máxima que era de 60 días. Por último, las reformas más relevantes implantadas por la Ley 19.759 son: se introdujo un plazo máximo de duración de los acuerdos colectivos de 4 años, y la exigencia para la implementación del reemplazo de los trabajadores huelguistas, agregando el bono de reemplazo.

No obstante la cantidad importante de reformas citadas, que aparentan un enorme avance en nuestra normativa laboral, éstas han sido insuficientes y, peor aún, superficiales; no se hacen cargo de lo medular del problema, que es cautelar los derechos fundamentales de los trabajadores y que se permita el fortalecimiento de las organizaciones sindicales. Según Caamaño, estas modificaciones “se han centrado fundamentalmente en reforzar y liberalizar el ejercicio del derecho de sindicación, dejando de lado modificaciones más sustanciales heredadas del régimen militar en materia de negociación colectiva y de huelga”. Continúa el autor señalando que “las causas que explican la supervivencia hasta la fecha de un modelo tan restrictivo de negociación colectiva pueden ser de diversa naturaleza, primando aquellas de índole económico o político, pues dan cuenta de visiones y de principios contrapuestos donde pareciera subvalorarse la importancia de reformar el actual ordenamiento jurídico laboral en contraste con la sobrevaloración que se otorga a índices macro y microeconómicos de carácter abstracto y, por lo mismo, alejados de la

sensibilidad y de las necesidades del ciudadano común que forma parte de la fuerza laboral” (Caamaño, 2008: p. 4). “En definitiva, el restrictivo marco normativo vigente reclama una forma que libere las ataduras de una fidelidad irrestricta a principios económicos abstractos que están conduciendo a una distorsión en la actuación colectiva de los actores sociales, cuyos intereses pretendería resguardar, sin perjuicio de obrar como un freno al desarrollo del país” (Caamaño, Ugarte y Gamonal, 2009: p. 30).

2. Libertad sindical

En un mundo en el que existe una libertad de movimiento en los mercados de capital y de bienes y servicios y en que los índices de afiliación sindical se reducen vertiginosamente, a las empresas les resulta muy sencillo minar la amenaza de una acción sindical. Para ello les basta trasladar sus empresas a países en donde no están asegurados los derechos sociales. Si a ello se une un sustento ideológico, el paradigma liberalista, y que muchos gobiernos están dispuestos a apoyar, entendemos por qué se produce esta pérdida progresiva de poder sindical (de Miguel, 2003: p. 238).

Por razones de orden político derivadas de la naturaleza del régimen existente entre los años 1973 a 1989 en nuestro país, la actividad de los sindicatos ha estado evidentemente condicionada y limitada. Es posible afirmar que, a partir de esa fecha, ha existido una creciente aceptación del principio de libertad sindical de parte del mismo sindicalismo, y es muy probable que en ello hayan influido ciertos hechos relevantes para el movimiento sindical durante el régimen autoritario. A partir de 1973, la recurrencia reiterada de las organizaciones sindicales al Comité de Libertad Sindical ha significado una valoración de la libertad sindical, que se expresa en sus manifestaciones concretas, particularmente respecto del Estado. Por otro lado, las relaciones trabadas con el movimiento sindical internacional, especialmente con países cuyos sistemas de relaciones laborales se fundamentan en el principio de libertad sindical, como Italia y España, han posibilitado una aproximación positiva de estos modelos sindicales (Tapia, 1993: p.153).

Actualmente la libertad sindical está consagrada internacionalmente en el Convenio OIT N° 87 sobre Libertad Sindical y Protección al Derecho de Sindicación, en sus artículos 3° y 10°, y a su vez el *derecho de huelga* está expresamente reconocido en el artículo 8°

letra d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos tratados internacionales, ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes, en virtud del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República, adquieren rango constitucional.

En el ámbito interno, nuestra legislación laboral adopta una posición bastante limitativa respecto de la libertad sindical, acercándose a aquellos países en donde la sindicación es casi nula y donde existe una fuerte hostilidad al conflicto colectivo, lo que no concuerda con los principios básicos reconocidos a nivel internacional por los Convenios OIT N° 87, ya citado, y N° 98 sobre Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva. Así, el artículo 19 n°16 inciso 5º de nuestra Carta Fundamental establece que “*la negociación colectiva con la empresa en que laboran es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar*”, es decir, se reconoce la negociación colectiva como un derecho, pero al mismo tiempo se contiene dicho reconocimiento, admitiéndose únicamente a nivel de la empresa. La intervención legislativa para centrar la negociación colectiva únicamente en la empresa nos lleva a concluir que no se cumple con los principios derivados de los convenios OIT en materia de libertad sindical, por ello, la reforma debiese apuntar más bien a desregular, y crear un marco normativo que dé garantías de eficacia a la negociación colectiva, permitiéndole a los propios actores sindicales determinar la forma y los alcances de su relación, sólo así será posible avanzar en la democratización de las relaciones laborales (Caamaño et al., 2009: p. 39).

Uno de los medios de manifestación más relevante con la que cuentan los trabajadores, en ejercicio de su libertad sindical, además de tener la capacidad de adherirse a un sindicato que represente sus intereses, es la huelga. Apunta Gamonal que “por mucho que la legislación laboral sea protectora, si los trabajadores no pueden autotutelar sus prerrogativas, lo más probable es que la normativa protectora no se aplique en la práctica”. Señala el autor que “una libertad sindical que sólo comprende la posibilidad de constituir sindicatos y de afiliarse y desafiliarse a los mismos es un concepto vacío de contenido y finalidad. Si los trabajadores no cuentan con un instrumento de poder, como la huelga, difícilmente podrán negociar con igualdad sus condiciones de trabajo” (2002: p. 410- 411).

3. La huelga como derecho fundamental

3.1 Regulación a nivel internacional: ¿tabla de salvación?

Debido a que nuestra regulación normativa interna sobre libertad sindical se ve gravemente restringida, es muy frecuente que la legislación laboral internacional se aprecie como una especie de “tabla de salvación”. En efecto, los principios internacionales consagrados en tratados, convenios y recomendaciones de la OIT son esgrimidos con mucha fuerza tanto en el debate jurídico académico, como también en sustento de reclamaciones judiciales. Sin embargo, ello no puede llevarnos a ignorar que también en la normativa de la OIT se presentan particulares contradicciones alrededor de la protección del trabajo en su dimensión colectiva. Es importante, en este sentido, destacar el hecho que el Convenio N° 87 de la OIT ni siquiera menciona el vocablo “*huelga*”, y el mismo sólo aparece – y marginalmente – en un solo convenio y en una sola recomendación (Pérez, 2006: p. 4). Como consecuencia de lo anterior, el Grupo de Empleadores ha señalado que el Convenio 87 no contiene disposiciones específicas sobre el derecho de huelga, y por ello no acepta que la Comisión de Expertos deduzca del texto de dicho convenio un derecho global, preciso, detallado, absoluto e ilimitado (Gernigon, Odero y Guido, 2000: p. 9).

Ahora bien, aunque el Convenio 87 de la OIT no menciona expresamente el derecho de huelga, el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones señalan que sí se consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores y empleadores de organizar su administración y actividades y de formular su programa de acción (artículo 3°), estableciendo además como objeto de dichas organizaciones el fomento y la defensa de los intereses de los trabajadores o de los empleadores (artículo 10°), reconocen la posibilidad de recurrir a la huelga como derecho fundamental de los trabajadores y sus organizaciones (Gernigon et al, 2000: p.8). Cabe también recordar en este punto que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sí reconoce expresamente el derecho de huelga en su artículo 8°: “*Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*”. A mayor abundamiento, también podemos citar la Recomendación N° 92 sobre Conciliación y Arbitraje Voluntarios, la cual

establece como disposición general que *“ninguna de las disposiciones de esta Recomendación podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga”*, lo que si bien no es una consagración explícita del derecho de huelga, sí es un reconocimiento indirecto, y al mismo tiempo, categórico.

3.2 La huelga en términos negativos.

Como consecuencia del Plan Laboral adoptado durante la dictadura, nuestra Constitución Política de 1980 no recepciona de forma explícita el derecho de huelga como un derecho fundamental, sino que lo hace de manera negativa, y aun más, limitándolo, en el artículo 19 n°16 inciso 6°, que expresa: *“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”*. Si hacemos un análisis de la norma citada, “no se consagra el derecho de huelga, sino que sólo consagra las limitaciones o prohibiciones. Como no es una limitación general, a contrario sensu, hay que interpretar que en los demás casos sí está permitido el derecho de huelga, con lo cual el asunto resulta ser más semántico que otra cosa: hay un reconocimiento tácito, no expreso, y una prohibición limitada a determinados tipos de huelga, o una exclusión de ciertos sujetos como titulares del derecho” (Ermida, 1993: p. 229). Es decir, la Constitución reconoce que existe el derecho de huelga, pues al consagrar las limitaciones al mismo en cuanto a los sujetos que la pueden llevar a cabo, al mismo tiempo nos está diciendo que en el resto de los casos señalados, es posible ejercer este derecho.

En torno a este punto, Chile es el único país que no consagra expresamente el derecho de huelga a nivel constitucional, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los países de Latinoamérica como Argentina, Brasil, Uruguay; y también en países europeos como España e Italia. En efecto, la Constitución argentina, en su artículo 14 bis establece que “queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a

la conciliación y al arbitraje, *el derecho de huelga*”; la Constitución uruguaya señala en su artículo 57 “declárese que *la huelga es un derecho gremial*”; por su parte la Constitución española dispone en su artículo 28.2 que “se reconoce el *derecho a la huelga de los trabajadores* para la defensa de sus intereses”.

Vale la pena en este punto hacer un paralelo con lo que sucede en Uruguay respecto de la regulación del derecho de huelga que presenta particularidades bastante relevantes, tales como el autonomismo del sistema de relaciones colectivas de trabajo y la posición antirreglamentarista, tanto del movimiento sindical como de la doctrina (Ermida, 1993: p. 239). En el derecho colectivo del trabajo uruguayo la ley no regula al sindicato, y regula apenas algunos aspectos puntuales de la negociación colectiva y del derecho de huelga. Este *abstencionismo legislativo* responde a la idea conforme a la cual los grandes actores sociales -sindicatos y empresarios- interactúan, entran en conflicto, y arreglan sus problemas directa y autónomamente, con poca intervención estatal (Ermida, 2006: p. 3). Son estas características las que ubican a Uruguay, y también a Argentina, en un panorama totalmente opuesto al nuestro representado por un excesivo reglamentarismo legislativo. En España también suscitó polémica durante la época posterior a Franco, a través de una especie de tesis abstencionista radical, fundado en una desconfianza acerca de la sinceridad democrática real del poder legislativo, junto con cierta incomodidad ante toda intervención de la norma. La regulación legislativa del derecho de huelga era sinónimo de intervención limitadora y restrictiva, a partir de lo cual se cree que la mejor ley de huelga es aquella que no existe. Estas tesis mantenidas hoy por los sindicatos no se apoyan sólo en dicha desconfianza abstracta hacia la ley, sino también en una pretendida utilización conservadora de la ley por parte del gobierno socialista, optando los sindicatos por oponer la técnica de la autorregulación o autodisciplina en el ejercicio del derecho de huelga (Palomeque, 1991: p.63).

3.3 La huelga en la ley: una institución anulada.

En nuestra legislación interna, el alcance que tiene el derecho de huelga se restringe al procedimiento de negociación colectiva reglada (artículo 369 CdT), y en cuanto al momento en que tiene lugar, ésta solamente se admite después que fracasa la negociación

directa entre trabajadores y empleadores “y como una medida de acción directa vinculada única y exclusivamente a la negociación o renegociación de un contrato colectivo” (Ugarte, 2008: p. 6). Es decir, en Chile se ha fijado como única y determinada finalidad para la huelga la negociación o renegociación de un convenio colectivo, por lo que son ilegales tipos de huelgas que no se ajustan a este fin, y que en otros ordenamientos jurídicos son consideradas lícitas, como las huelgas políticas o las huelgas de solidaridad, entre otras.

Otras manifestaciones de la restricción que se hace reiteradamente al derecho de huelga es la regulación exhaustiva en torno a éste en cuanto a su oportunidad, quórum, declaración y buenos oficios: de acuerdo al artículo 370 del CdT el plazo para la votación de la huelga es de los últimos cinco días de vigencia del contrato colectivo o fallo anterior, o los 5 últimos días de un total de 45 desde la presentación del proyecto; en cuanto al quórum, éste es el de la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa involucrados en la negociación (art 373 CdT); la huelga deberá hacerse efectiva al inicio de la respectiva jornada del tercer día siguiente a la fecha de su aprobación; en cuanto a los buenos oficios, el artículo 374 bis CdT dispone *“dentro de las 48 horas siguientes de acordada la huelga, sin que se haya recurrido a mediación o arbitraje voluntario, cualquiera de las partes podrá solicitar al Inspector del Trabajo competente la interposición de sus buenos oficios, para facilitar el acuerdo entre ellas”*.

En fin, hay numerosas reglas dispersas en nuestro Código laboral dan cuenta de la limitación que hace el Estado legislador de este derecho fundamental, cuando en realidad, en palabras de Videla, “el Estado debe estar técnicamente capacitado para respaldar la acción autónoma de las partes en las relaciones colectivas, disponiendo de los mecanismos y servicios que faciliten los acuerdos y den soluciones a los eventuales problemas que se generen(...) El rol del Estado es de un agente activo del acuerdo en aras del interés superior del país, en oposición a un Estado observador, pasivo o ajeno al conflicto social. El rol titular del Estado no puede limitar la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales. No tiene sentido proteger, prohibiendo, interfiriendo, desconfiando. El Estado debe facilitar la solución de los eventuales problemas que se suscitan, para así poder garantizar el bien de la sociedad mediante una paz social asentada en la justicia” (1993: p. 222).

Lo que sucede en Chile es que el conflicto laboral tiene una baja incidencia y su percepción también es baja dentro de los mismos actores laborales. Lo importante en este sentido es que las distintas formas de conflicto puedan regularse normativamente, pero sin que éste sea negado u ocultado, porque muchas veces son los propios trabajadores los que deben pagar bajo la forma de condiciones de trabajo que no siempre pueden negociar y cuya imposición deben asumir sin discusión alguna. Las reformas al CdT una vez recuperada la democracia, hasta ahora no han innovado considerablemente el tratamiento restringido que recibe la huelga en Chile, por lo tanto, bien puede decirse que la huelga aún es un derecho en extremo débil y legalmente desprotegido (ENCLA 2008: p. 155).

Capítulo II: Servicios Esenciales

1. Consideraciones previas

No obstante el reconocimiento del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, como toda regla general, admite excepciones, y éstas vienen dadas por la posibilidad de restringir este derecho a ciertos trabajadores pertenecientes al sector público, y además, a quienes prestan labores en los llamados *servicios esenciales de la comunidad*.

La Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical han establecido principios y reglas mínimas de conducta en materia de derecho de huelga, y entre ellas se encuentra aquella que reconoce el derecho de huelga tanto a los trabajadores del sector privado como del sector público, siendo admisible hacer excepciones de este derecho, o someterlo a restricciones, respecto de los trabajadores de servicios esenciales, en el sentido estricto del término (Gernigon et al., 2000: p. 58), que veremos más adelante en función de la definición que hace la misma Comisión. Esta regla se torna muy importante tomando en consideración que en algunos países a los trabajadores de los servicios esenciales no sólo se les impide recurrir a la huelga, sino que incluso, se les impide el mismísimo derecho de sindicación.

El problema de la huelga de los servicios esenciales es un tema reciente, es contemporáneo al modelo del “Estado social del Derecho”, que forma parte de la definición de muchas Constituciones y que tiene por objeto legitimar los grados más intensos de intervención por parte de los poderes públicos (Cassagne, 1993: p. 24). En un principio, la huelga de los servicios esenciales tenía un efecto de tipo relativo que sólo afectaba al empresario, sin embargo, hoy en día con el amplio desarrollo de los servicios públicos y la intervención cada vez más amplia del Estado en la economía, se ha convertido a la huelga en una relación de a tres, ya que además puede poner en problemas el deber del Estado de satisfacer necesidades básicas. Es decir, cambia el escenario en el cual se presenta el conflicto laboral, ya no se aprecian en el acto exclusivamente trabajadores y empleadores, sino que se suma un tercer actor, el usuario del servicio considerado esencial, y que se ve

afectado por la huelga. Apunta el mismo autor que “es de esta forma como comienza a discernirse que el bien jurídico tutelado por el sistema jurídico, en estos casos, ha de ser no sólo la protección de los intereses de los empleados o trabajadores, sino, fundamentalmente, los de los usuarios y personas afectadas directamente por la huelga y hasta la propia comunidad” (1993: p. 24).

No se crea por lo anterior que los terceros nunca antes han estado presentes y que nunca antes habían resultado perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, únicamente se debe recalcar que en estos casos existe una mayor conciencia social respecto del conflicto debido a la esencialidad del servicio de que se trata. Tampoco se trata que la huelga no ocasione perjuicios a los usuarios, eso es casi imposible, sino más bien, que estos perjuicios no tengan tal magnitud que afecte aspectos básicos de la vida, la salud o la seguridad de las personas. Se trata de servicios que deben mantenerse en funcionamiento en todo momento, pues la adopción de acciones de reivindicación podrían hacer peligrar dichos bienes jurídicos (OIT, 2008: p. 50).

1.1 Colisión de bienes jurídicos: la difícil tarea del legislador.

Uno de los problemas centrales que se presenta en materia de servicios esenciales dice relación con la categoría de bienes jurídicos que se ven enfrentados. Por un lado encontramos las *necesidades públicas* de la ciudadanía, y por el otro, el *derecho de huelga* como un derecho fundamental de los trabajadores. La gran tarea del legislador en este sentido es tratar de armonizar y equilibrar ambos intereses, de manera que ninguno se vea perjudicado en desmedro del otro. Es éste el delicado conflicto que se presenta en muchos de los ordenamientos jurídicos, pues frecuentemente son los ciudadanos quienes sufren los efectos de las huelgas de trabajadores de servicios esenciales, que les provocan numerosos perjuicios y molestias; así, para algunos autores como Cassagne se debe “considerar que cuando el ejercicio del derecho impida el desarrollo normal de las libertades de los usuarios y habitantes, se provoca un daño que carece de justificación” (1993, p.81), y que muchas veces los ciudadanos no logran entender las excusas de los huelguistas para tomar esta decisión.

Sin embargo, debemos considerar que la idea principal es que se puedan conciliar ambos intereses, por un lado los intereses de los trabajadores, y por otro lado, los intereses de los usuarios, de modo que la satisfacción de las necesidades fundamentales no haga ilusorio el derecho fundamental que tienen los trabajadores, como es el derecho de huelga. Los derechos fundamentales no son absolutos, más aún si se ven en contradicción con el cumplimiento de otros. Así, se pueden ver limitados a través de la acción estatal, pero esta limitación no debe ser tal que afecte la esencia del derecho.

El Tribunal Constitucional español en algún momento se pronunció acerca de esta colisión de derechos y desafortunadamente concluyó que el derecho de los usuarios era prioritario respecto del derecho de huelga de los trabajadores.

Criticamos esta posición entendiendo que ambos son derechos constitucionalmente protegidos, por ende, no cabe más remedio que intentar compensarlos de modo que ninguna de las dos partes resulte afectada, sin dar *a priori* a uno de estos derechos un valor superior respecto del otro con el cual se enfrenta, y sin dar tampoco una solución rígida cada vez que éstos se contraponen. Este problema se resuelve a través de un ejercicio básico, al cual debe recurrirse cada vez que nos enfrentamos a un conflicto de este tipo, que se conoce como ponderación de derechos. La labor que tiene el legislador en estos casos es que debe ponderar, buscar un equilibrio, poner en una balanza ambos derechos, sin desnaturalizarlos, sin abstraer la esencia o el núcleo del mismo.

1.2 Distinción entre servicios esenciales y servicios públicos: un error común.

La distinción entre el sector público y el sector privado fue promovida por la doctrina administrativista buscando su emancipación del derecho civil. Una de las repercusiones que tuvo esta distinción en el ámbito laboral, y que a nosotras nos interesa, dice relación con que no podían coexistir la continuidad del servicio y su fin público, con el derecho de huelga que únicamente atiende a los intereses de los trabajadores. En este contexto, no cabe la figura del contrato ya que no podría subordinarse la satisfacción de una necesidad pública a las estipulaciones pactadas y, carece en términos absolutos de un derecho fundamental: la huelga. Sin embargo esta idea comenzó a decaer y posteriormente se admitió el derecho de negociación colectiva y la huelga, con ciertas particularidades para

proteger el interés público, como el aseguramiento de la entrega de servicios esenciales y el resguardo del gasto público (Marzi, 2011: p. 81-83).

De acuerdo al artículo 25 de la Ley General de Bases de la Administración del Estado, los *servicios públicos* son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Por otra parte, el Comité ha establecido que el derecho de huelga podrá ser limitado o prohibido en la función pública, es decir, sólo respecto de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado.

En algunas legislaciones comparadas los términos “*servicios esenciales*” y “*servicios públicos*” se utilizan indistintamente, sin embargo su contenido es diverso. La noción de servicio público resulta insuficiente para captar ciertas actividades de titularidad privada cuyas prestaciones son, sin embargo, esenciales para la comunidad. Por ello, las relaciones entre servicio público y servicio esencial no son de género-especie, son conceptos que operan en planos distintos, ya que la noción de servicio esencial, es más amplia y comprende también actividades de titularidad privada (Cassagne, 1993: p.53).

Del mismo modo, Ermida señala que los servicios esenciales, aquellos que son indispensables para la vida en comunidad, comúnmente son desempeñados por el Estado, pero no necesariamente. Es frecuente que sean empresas privadas las que brindan servicios esenciales, por ejemplo, en el campo de la salud. Por consiguiente, cuando se limita la huelga que se desarrolla en un servicio esencial, no se refiere al sujeto del derecho, sino a la actividad en que se ejerce la huelga (1993: p. 232). En definitiva, la esencialidad no tiene que ver con la calidad o clasificación que podamos hacer del sujeto o persona en particular, por lo tanto, descartamos que se circunscriba a los funcionarios públicos, privados, etcétera; sino que la esencialidad se refiere al servicio mismo, a la prestación que se otorga a los usuarios, y que en último término, resulta vital para ellos.

Existe un Convenio de la OIT, el N° 151, que se refiere a la protección del derecho de sindicación y a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, y que, aunque reconoce determinados mecanismos de solución de conflictos laborales, tales como la mediación, el arbitraje y la conciliación (artículo 8°), no

reconoce expresamente el derecho de huelga en ninguna de sus normas, como sí lo hace, y que abordamos en el capítulo anterior, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8°.

En esa dirección apunta la opinión, tanto de la Comisión como del Comité, a nivel internacional, quienes consideran que cuando no se concede a los funcionarios públicos el derecho de huelga, éstos deberían gozar de garantías adecuadas para proteger sus propios intereses, como por ejemplo procedimientos de conciliación o arbitrajes obligatorios, imparciales y rápidos, en los que las partes puedan participar, y en que las decisiones arbitrales sean obligatorias y se apliquen prontamente (Gernigon et al., 2000: p. 17-18).

La disposición más objetable en la legislación chilena sobre la huelga se encuentra en la Ley 12.597 sobre Seguridad Interior del Estado, cuyo artículo 11 dispone *“Toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producidos sin sujeción a las leyes y que produzca 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 relegaciones menores en sus grados mínimos a medio”*. Esta disposición legal es completamente injustificable en el estado actual del Derecho internacional, donde la huelga corresponde a un derecho fundamental (Ugarte, 2008; p. 96).

Cabe tener presente lo anterior, sobre todo porque en Chile destacan la gran cantidad de huelgas ilegales que se producen en el sector público, y que han permitido el surgimiento de un Derecho colectivo al margen de la ley, lo que ha provocado que la legislación penal existente se muestre absolutamente inadecuada e insuficiente ante este creciente fenómeno. Por otro lado, no obstante su ilegalidad, la recurrencia a las huelgas y el hecho que sus protagonistas y a veces la opinión pública las considere legítimas, justifica este tipo de movilizaciones como un mecanismo de autotutela de los trabajadores del sector público (Gamonal, 2002: p. 431). Así quedó demostrado el año 2006 en la convocatoria que hizo la ANEF, la que tenía como fin el término de las relaciones a contrata y honorarios en los servicios públicos, entre otras materias. Esta movilización afectó a múltiples servicios,

entre los que encontramos: el Servicio de Impuestos Internos, Corporación de Asistencia Judicial, Aduanas, el Instituto Nacional de Previsión, Servicio Médico Legal, Tesorería, Contraloría General de la República, el Servicio Nacional del Consumidor, Dirección del Trabajo, Servicio de Vivienda y Urbanismo, entre otros. Éste es un caso concreto en el que se puede observar que la huelga en los servicios públicos es una realidad que escapa a la regulación legal, toda vez que aún siendo una huelga ilícita, igualmente se realiza y es respetada, no sólo por la ciudadanía sino también por los actores políticos que negocian finalmente con estas organizaciones que se movilizan¹.

Ahora bien, vale la pena preguntarse qué tan beneficioso sería una regulación legal efectiva de este derecho respecto del sector público, toda vez que, como se expuso, es el único sector de nuestra sociedad que ejercita este derecho fundamental sin limitaciones, aun cuando no sea legalmente titular del mismo. Puede ser que en la misma exposición del problema se encuentre la respuesta: por estar prohibido su ejercicio en el sector público, no existe en la legislación laboral ningún límite explícito, no hay condiciones de oportunidad,

¹ El año 2011 la ANEF convocó nuevamente a los trabajadores del sector público a paro nacional, a propósito de la discusión sobre el reajuste correspondiente a ese mismo año. En esta ocasión, el Ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter ofició a todos los ministerios y servicios públicos el descuento de las horas no trabajadas, a raíz de lo cual un grupo de parlamentarios enviaron una moción (Boletín 7581-07) para introducir una reforma constitucional que acabara con la distinción entre trabajadores del sector público y trabajadores del sector privado, argumentando que los trabajadores del sector público carecen de derechos que son fundamentales para el ejercicio efectivo de la igualdad ante la ley, desvalorizándose de este modo la función pública: en el artículo 19° de la Constitución Política de la República, reemplácese los incisos quinto y sexto del numeral 16, de la siguiente manera: "*La negociación colectiva y la huelga, son un derecho que todos los trabajadores, tanto del sector público como del privado, pueden ejercer libremente. Una Ley establecerá forma, procedimientos y condicionamientos adecuados para ejercer dicho derecho. No obstante, sólo en virtud de una Ley, se podrán establecer restricciones, fundadas en consideraciones de orden público y seguridad nacional, debiendo contemplarse en estos casos mecanismos alternativos*". No obstante, el Senado rechazó legislar sobre esta materia dado que no se alcanzó el quórum necesario para continuar con su tramitación. Por otra parte, la Ministra del Trabajo Evelyn Matthei señaló que antes de adentrarse en esta compleja labor de reforma constitucional, era necesario dictar una ley orgánica constitucional que regule la forma de ejercicio de este derecho.

En esta misma ocasión la Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo con fecha 16 de septiembre del 2011, el cual acoge un recurso de protección interpuesto por la ANEF y la ANEIICH en contra del SII, citando al tratadista Sergio Gamonal, establece como argumento en contra de este descuento que se hizo a los trabajadores el hecho que en el sector público se producen habitualmente negociaciones informales, que a veces son verdaderos contratos colectivos y que es común la realización de huelgas y paralizaciones ilegales para presionar a la autoridad frente a una determinada pretensión.

quórum o de adhesión al movimiento para que se mantenga, a diferencia de lo que sucede respecto de los titulares de este derecho, por lo tanto, son los únicos que ejercen la huelga en su estado natural, por decirlo de algún modo, en aquella forma no condicionada por el Estado, por ende, con certeza se puede asegurar que la regulación del derecho de huelga en el sector público significaría un debilitamiento de su ejercicio, y de este modo, perderíamos en nuestro país las únicas manifestaciones reales ligadas a este derecho fundamental.

1.3 Servicios esenciales y servicios mínimos: las hormigas que mantienen el sistema activo.

En el Derecho comparado, cuando los trabajadores de los servicios esenciales ejercen el derecho de huelga, deben asegurar el mantenimiento de *servicios mínimos* en orden a que no se afecte completamente la satisfacción del servicio considerado esencial, en desmedro de la comunidad. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que la restricción de los servicios esenciales debe limitarse al punto de asegurar el mínimo de actividad, lo que se traduce en aquellas operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida, la salud o la seguridad de las personas.

El tema de los servicios mínimos en las legislaciones comparadas da lugar al mismo tipo de discusión que se genera en Chile en torno a los servicios esenciales, discusiones que merecen que hagamos ciertos reparos. Por ejemplo, en Argentina existía una ley que señalaba que cuando la adopción de medidas de acción directa involucrara actividades esenciales, debía garantizarse la prestación de servicios mínimos, agregando además que la fijación de dichos servicios mínimos quedaba a cargo del Ministerio del Trabajo. Por otro lado, existía un decreto que señalaba que la fijación de los servicios mínimos debía hacerse por ambas partes involucradas en la negociación, y que a falta de acuerdo o considerándolas insuficientes, el Ministerio podía decidir las. (Pérez, 2006: p. 14). Esta evidente contradicción provocó un gran debate, pues demostraba un excesivo reglamentarismo por parte de la ley, lo que se opone totalmente al sistema de regulación sindical argentina que, al igual como ocurre en Uruguay, se caracteriza por una autorregulación por parte del sindicato.

Actualmente, en Argentina, se considera que los servicios mínimos debiesen ser fijados por un tercero imparcial, lo que concuerda a su vez con los principios emanados de la OIT, que se conoce como “Comisión de Garantías”, la cual otorga una función de asesoramiento a la autoridad para la fijación de los servicios mínimos, cuando las partes no lo hubieren acordado o cuando éstos fueren insuficientes, compatibilizándose de este modo el ejercicio del derecho de huelga con el resto de los derechos reconocidos en la Constitución (Raffaghelli, 2007: p. 9).

En España, la norma que regula el establecimiento de servicios mínimos es el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 1977, el cual establece que *“Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”*. Esta es una norma preconstitucional que ha superado un primer test de constitucionalidad por parte del TC español el año 1981. El texto de esta norma se ha mantenido íntegro, pero ha habido un cambio en su interpretación, por ejemplo, en cuanto al supuesto de hecho de la norma se debe entender que se refiere a los servicios esenciales, y en segundo lugar, en cuanto al organismo legitimado para imponer servicios mínimos, el TC ha entendido que la decisión no puede corresponder a los interesados, sino a un tercero imparcial con responsabilidades políticas (Goerlich, 1990: p. 37).

Sin embargo, tanto en Argentina como en España, en la práctica, es directamente la autoridad quien fija dichos servicios mínimos. En definitiva, ése necesario tercero imparcial constituye una mera ficción jurídica, que hasta ahora no consigue piso de marcha concreta en la realidad (Raffaghelli, 2007: p. 10). Es la autoridad gubernativa, la autoridad con responsabilidad de gobierno la que, a través de un acto político, declara que un sector, actividad o empresa es esencial para los efectos de la huelga, y a la vez, quien fija el mantenimiento de los servicios mínimos. A través de este mecanismo es el poder público el que determina el nivel de actividad que se ha de prestar durante el conflicto o el nivel de abstención de trabajo intolerable. Bajo esta técnica nunca cesará absolutamente el trabajo,

sino que se mantendrá un cierto nivel de producción. Se trata de una “vigilancia activa” (Baylos, 1989: p. 22).

Pese a lo criticable que puede llegar a ser lo anterior, por lo menos damos cuenta del hecho que existe regulación de los servicios mínimos en el Derecho comparado; y esto es lo que nos hace reflexionar sobre la escuálida legislación existente en nuestro país, toda vez que ni siquiera se ha considerado establecer en la ley este tipo de medidas para menguar los efectos negativos que pueden llegar a tener las huelgas, ya sea del sector público como de los servicios esenciales, en nuestra sociedad. Al contrario, se ha mantenido la situación de tal modo que la prohibición es la única medida eficaz para evitar los posibles daños que se pueden llegar a provocar con la declaración de una huelga por parte de estos servicios.

1.4 Servicios de mantenimiento y Servicios de seguridad: breve referencia.

Nada más para dejar en claro que existen diferencias conceptuales vamos a definir dos conceptos, sin desarrollarlos ni tratar de ahondar en ellos. Estos otros conceptos que debemos desarrollar para delimitar el tema de los servicios esenciales corresponden a los de *servicios de mantenimiento* y los *servicios de seguridad*. Estos últimos son aquellos dirigidos a evitar robos, daños y agresiones en las personas y en las cosas, por parte de terceros y de los propios huelguistas (Torrente, 1992: p. 27). Por su parte, los servicios de mantenimiento se orientan exclusivamente a prestar las atenciones imprescindibles para que el deterioro de los bienes afectos a la actividad de la empresa no se produzca. De este modo, existe una gran diferencia entre los servicios esenciales y los servicios de mantenimiento, ya que en el primero se protegen los intereses de los usuarios, en cambio, en el segundo, se protege el interés del empresario o empleador.

2. Definición de servicios esenciales.

2.1 La forma, el ente y el medio: grandes decisiones.

Cuando se aborda el tema acerca de la forma de la definición de los servicios esenciales surge la duda de si es conveniente recurrir a una enumeración taxativa y rígida de servicios esenciales o más bien optar por una enumeración general y flexible de dichos

servicios. La forma a la cual suele acudir con mayor frecuencia es a la elaboración de una lista que enumere uno a uno los servicios que son considerados esenciales. Sin embargo, con esta opción se suele correr el riesgo de dar lugar a una lista interminable que incluya a servicios que no son esenciales; por otro lado, si se escoge la alternativa de enumerar los servicios esenciales en términos amplios, el riesgo consiste en favorecer un uso discrecional y eventualmente arbitrario por parte del órgano estatal. En nuestro país la fórmula que se utiliza para definir los servicios esenciales consiste en una regulación amplia a través del artículo 384 del CdT, cuando señala que son aquellos *“cuya paralización, por su naturaleza, causen grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional”*, pero luego, en su inciso final delega la calificación y enumeración de dichos servicios en el Ministerio del Trabajo; de Defensa; y de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La segunda discusión versa sobre quién debe elaborar la definición de los servicios esenciales: una alternativa es que la haga el Estado a través de una ley o un decreto, otra opción es que la hagan unilateralmente los sindicatos a través del sistema de la autorregulación; y la tercera es que se negocie colectivamente entre los sindicatos y el empresario o el Estado, según sea privado o público el empleador que presta el servicio esencial (Ermida, 1993: p. 232). En Chile la definición la hace el Estado, a través de una ley y resolución conjunta de los tres ministerios ya señalados en el párrafo anterior.

2.2 La definición de servicios esenciales: un trabajo nada de minucioso.

Torrente señala que servicios esenciales son aquellos cuyas prestaciones resultan vitales para los usuarios. En este sentido, la esencialidad de un servicio se valora, no se impone (1992: p. 112). La Sentencia 26/1981² señaló que “para que el servicio sea esencial, deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales

² Esta sentencia corresponde a la Segunda Sala del Tribunal Constitucional español, la cual tuvo lugar a raíz de un recurso de amparo interpuesto por la RENFE (Comité de Empresa de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles) en contra de dos circulares dictadas por la dirección de la empresa, y que según ellos, vulneraba el derecho de huelga de los trabajadores ferroviarios.

hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”.

El año 1983 la Comisión de Expertos dio un concepto de lo que se entendía por servicio esencial, y lo definieron como “aquel cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la *seguridad* o la *salud* de la persona en toda o parte de la población”, término que posteriormente fue acogido también por el Comité de Libertad Sindical.

Asimismo, el Comité se ha dado el trabajo de enumerar los servicios que pueden ser considerados como esenciales, a saber: el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios públicos o privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares, el control del tráfico aéreo. Por el contrario, no constituyen servicios esenciales: la radio, la televisión, los sectores del petróleo, los puertos, los bancos, los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos, los grandes almacenes y parques de atracciones, la metalurgia y el conjunto del sector minero, los transportes en general, los pilotos de líneas aéreas, la generación, transporte y distribución de combustibles, los servicios ferroviarios, los transportes metropolitanos, los servicios de correos, el servicio de recolección de basuras, las empresas frigoríficas, los servicios de hotelerías, la construcción, la fabricación de automóviles, las actividades agrícolas, el abastecimiento y distribución de productos alimentarios, los monopolios del Estado del alcohol, de la sal y del tabaco, el sector de la educación.

Junto con esta definición el Comité ha creado una especie de válvula de escape, esto es, la posibilidad de que servicios que no siendo esenciales *a priori* puedan devenir en esenciales en circunstancias especiales, por la duración del conflicto. Ermida da un ejemplo: si se registra una huelga de varios días o de semanas en la industria farmacéutica de un país, a nadie se le puede ocurrir que este sea un servicio esencial que ponga en peligro la vida, salud o seguridad de la población; pero si es un conflicto de meses que produce un desabastecimiento total de medicamentos, podría sostenerse que sí lo es, ya que

el conflicto entra en una etapa en la cual lo que no era esencial por definición, deviene en esencial por sus efectos en un momento determinado (1993: p. 233).

Según Pérez, el problema que se plantea con esta definición de servicios esenciales por extensión, es que los límites se diluyen, pues con el concepto de esencialidad los organismos de la OIT han hecho referencia a que la amenaza a la vida, seguridad o salud de la población debe ser *evidente e inminente*, lo que permite delimitar con mayor claridad el espacio conceptual. Otro nivel de definición es el de supuesto de esencialidad por crisis nacional aguda o por servicios públicos de importancia trascendental en el país. Es en este nivel en el cual aparece, en los mismos pronunciamientos de los organismos de la OIT, el derecho de huelga abiertamente confrontado con los derechos de los usuarios (2006: p. 10).

El concepto de crisis nacional aguda se refiere a casos de conflictos graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil (OIT, 1994: párrafo 152). “No existe una definición que conceptualice qué se debe entender por servicios públicos de importancia trascendental, por lo que su delimitación queda entregado al examen del caso concreto, y de acuerdo a las condiciones nacionales y el área en que se verifican. En tal sentido, el Comité ha estimado que éstos los constituyen, por ejemplo, los servicios de una empresa portuaria nacional, servicios de transportes de pasajeros, ferrocarriles, correos, bancos, etcétera”. (Varas, 2001: p. 50).

El problema que se da con la aparición de estos conceptos, distintos al de servicios esenciales en sentido estricto, es que se extiende cada vez más la esencialidad del servicio o empresa, afectándose de este modo el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores de los servicios esenciales. Lo que ocurre finalmente es que cualquier grupo de trabajadores de una empresa que decida ejercer su derecho de huelga, por una razón u otra se van a ver restringidos de este ejercicio argumentándose que su labor, ya sea por la extensión en el tiempo o por crisis nacional, se ha transformado en esencial.

3. Mecanismos compensatorios de la huelga.

El Comité ha hecho hincapié que en aquellos casos en los cuales haya prohibición o limitación del derecho de huelga en los servicios esenciales, deben asegurarse a los trabajadores mecanismos compensatorios del derecho de huelga a través de medios de solución de conflictos que les permita canalizar su reclamación con una eficacia similar a la que les brinda el derecho de huelga. Pero el tema es muy complicado, porque al día de hoy no se ha inventado un mecanismo sustitutivo de la huelga que tenga la misma eficacia que ésta. Una solución que se ha propuesto es el arbitraje obligatorio, pero su viabilidad es remota, porque en estos casos, junto a la tradicional resistencia de los sindicatos, se suma, la del Estado. En efecto, cuando los servicios esenciales son prestados por el Estado, generalmente se ha negado a admitir este mecanismo, con lo cual el tema se ha vuelto verdaderamente difícil de solucionar (Ermida, 1993: p. 234).

Los procedimientos de mediación o conciliación también se consideran como garantías apropiadas en la defensa y promoción de los intereses socioeconómicos y profesionales de aquellos trabajadores impedidos del ejercicio del derecho de huelga, en la medida que revistan los caracteres de imparcialidad y eficacia necesarios para otorgar garantías no tan sólo a los propios trabajadores y sus organizaciones, sino que también a los empleadores (Varas, 2001: p. 49).

Son múltiples los institutos que se pueden crear para suplir el derecho de huelga, sin embargo, éstos nunca podrán llegar a tener el mismo efecto respecto del empleador o del Estado, cuando es la otra parte. La huelga tiene un efecto de presión mucho más potente que cualquier otro mecanismo, porque el empleador a través de ésta se ve mucho más expuesto a salir perdiendo en el conflicto. A la larga, la huelga es el único medio real con el que cuentan los trabajadores para posicionarse en un nivel similar al del empleador a la hora de negociar laboralmente.

4. La situación en Chile.

4.1 Análisis del artículo 384: el núcleo problemático.

En nuestro país, existe solamente una norma que hace mención a los servicios esenciales, no con este término estricto, sino que enumera aquellos bienes jurídicos que resultan perjudicados en caso de que los trabajadores de ciertos sectores de la sociedad declaren la huelga. El artículo 384 del Código del Trabajo regula los servicios esenciales y dispone que *“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”.

El primer problema que surge a partir del análisis de esta norma, es que se delega en la autoridad administrativa la determinación de los servicios que se consideran esenciales, cuando es a la ley a quien le corresponde restringir un derecho fundamental. De esta forma, el artículo 384 CdT vulnera el *principio de esencialidad* consagrado en el artículo 19 n° 26 de la Constitución, ya que regula un derecho constitucional, sin que se respete su contenido esencial, al permitir sin limitación alguna su completa supresión por una resolución administrativa, y al mismo tiempo, el derecho a un debido proceso, consagrado en el

artículo 19 n° 3, porque la norma legal no entrega, con las garantías del caso, dicha determinación a los tribunales de justicia, sino que a la de una autoridad administrativa, en este caso en particular, a la de tres ministros de Estado (Caamaño, Ugarte, 2008: p. 91).

Es decir, no se señala un procedimiento de determinación de las empresas que atienden los servicios esenciales y sólo señala quiénes son los encargados de hacer dicha calificación. El constituyente es claro en cuanto a que todos los derechos fundamentales gozan de un contenido mínimo, básico, esencial, que no puede ser restringido en términos que se desnaturalice dicho derecho y se prive de su libre ejercicio, por lo tanto la ponderación del derecho de huelga de los servicios esenciales debe hacerse tomando en cuenta ese límite. “El principio de inafectabilidad del contenido esencial de un derecho, significa que ningún objeto útil o un medio con un menor costo podrán justificar una intervención en el contenido esencial de un derecho fundamental, incluso cuando debiese ser adoptada dicha intervención en base a una finalidad constitucional” (Nogueira, 2003: p. 56).

Otra de las críticas que se le hace a esta norma consiste en la utilización de términos excesivamente amplios y ambiguos. Al respecto, varios organismos internacionales le han efectuado recomendaciones al Gobierno de Chile preocupados con la situación de que se pueda restringir el derecho de huelga en el caso de los servicios esenciales y le han instado a revisar y modificar el artículo. En una observación sobre el Convenio de Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, la Comisión recuerda que desde hace varios años se le pide al gobierno que modifique o derogue varias disposiciones legislativas, o que adopte medidas para que ciertos trabajadores gocen de las garantías previstas en el Convenio. Concretamente, en una observación anterior la Comisión pidió al gobierno que adopte, entre otras medidas, la modificación del artículo 384 del CdT, ya que ha observado que la definición de servicios en los que puede prohibirse la huelga, así como la lista elaborada por las autoridades gubernamentales era demasiado amplia, e iba más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en todo o parte de la población. El Comité ha manifestado en múltiples ocasiones que la definición de los servicios esenciales no debe ser amplia, sino estricta. En particular, en dicha lista se incluyen algunas terminales portuarias de carácter

privado, como el ferrocarril Arica-La Paz, que no pueden ser considerados como servicios esenciales en el sentido estricto del término (CEACR, 2010).

Si tuviésemos que describir una suerte de regulación que se acerca a los servicios esenciales en Chile, tomando como parámetro los bienes jurídicos que se indican en la letra b) del artículo 384, debemos mencionar una que dice relación con la obligación del sindicato que decide irse a huelga de proporcionar un equipo de emergencia dentro de las veinticuatro horas siguientes al requerimiento escrito del empleador, indicando a los trabajadores que compondrán dicho equipo; y, en caso de existir discrepancia entre el sindicato y el empleador, este último puede reclamar ante la Inspección del Trabajo el cual resolverá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación. Asimismo, podemos mencionar la facultad que tiene el Presidente de la República para decretar la reanudación de las faenas en caso que la huelga cause grave daño a *la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional* (Morgado, 1996: p. 91).

4.2 Caso FENATRAOS

El año 2008 la Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias presentó una queja contra el Gobierno de Chile objetando una resolución de la Contraloría General de la República. Entre sus alegatos la FENATRAOS afirma que el año 2006 el Gobierno eximió a los trabajadores de las empresas sanitarias de la prohibición de declarar la huelga que había regido hasta entonces. El gobierno de Chile tuvo en cuenta tres aspectos. Primero, que una gran parte de los trabajadores de estas empresas no se dedican a funciones propias de la producción de aguas o tratamiento de aguas servidas, y por lo tanto su paralización no causa problemas; segundo, respecto de aquellos que sí atienden funciones de servicio esencial, existe en la legislación instituciones que pueden asegurar la continuidad del servicio; y tercero, la realidad laboral de las empresas sanitarias se encuentra distorsionada, dado que la producción y tratamiento de aguas servidas se realiza por personal de empresas contratistas y subcontratistas. Alega la FENATRAOS que la revisión hecha por el gobierno para asegurar el cumplimiento de los Convenios 87 y 98 de la OIT resultó frustrada por la intervención de la Contraloría General de la República, la

que acogiendo una solicitud de las empresas sanitarias privadas, declaró ilegal la resolución del gobierno por estimar que las empresas sanitarias cubrían servicios esenciales. De este modo, se señala que se trasgrede el artículo 19 n° 16 de la Constitución y el artículo 384 del CdT, al arrogarse el Contralor General una función de calificación que aquellas entregan exclusivamente a los Ministerios de Trabajo y Previsión Social, de Defensa Nacional y de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Por otro lado, en la respuesta dada por el Gobierno el año 2009 se señala que con apego al artículo 384 del CdT la Contraloría General advierte que el CdT chileno distingue dos hipótesis, contemplando un mecanismo para configurar la causal que prohíbe la huelga sólo respecto de la letra *b*) del mismo artículo, sin hacerlo respecto de las empresas que prestan servicios de utilidad pública, argumentando que la actividad o giro de la misma concierne a la entrega de las prestaciones más básicas e imprescindibles para el bienestar mínimo de la población, siendo coherente que para ellas no sea necesario calificar administrativamente los posibles efectos de una eventual paralización, como sí se establece en la letra *b*) del cuerpo legal.

“Esta argumentación es llamativa, en cuanto no respeta el sentido de la letra de la propia norma, que reenvía tanto la letra *a*) y *b*) del art 384 CdT, a la determinación de la autoridad administrativa (...) pero además conduce al absurdo de que como la norma legal no enumera ni menciona las empresas que están en los casos de la letra *a*), y de ahí que lo entregue a la autoridad administrativa, no es posible saber lisa y llanamente a quiénes se les aplica esa norma y a quiénes no. La Contraloría General de la República (...) ha decidido sustituir la voluntad del legislador por la suya: ha objetado la decisión administrativa a quien la ley le entrega precisamente la tarea de elaborar dicha enumeración” (Ugarte, 2008, p. 96).

El gobierno reconoce que esta controversia concierne a un problema de calificación del concepto jurídico indeterminado “utilidad pública”, pero también advierte que no existe impedimento para que la Contraloría declare que un acto de la administración es ilegal. Señala además que la Contraloría, por medio de su dictamen, en ningún momento pretendió sustraer a ciertos sectores del derecho de huelga, sino que por el contrario, establecer

garantías compensatorias a la huelga, a través del arbitraje obligatorio, que ofrece garantías de independencia, imparcialidad y celeridad.

En estas condiciones, el Gobierno se comprometió a informar del avance, y dado que el caso planteaba cuestiones jurídicas complejas, el Comité decidió someter el caso a la revisión de la Comisión.

Capítulo III: Derecho Comparado

El análisis de algunas de las legislaciones comparadas, tanto de Europa como de América Latina, nos servirá para ir obteniendo de cada una de ellas ciertos modelos de regulación, tratando así de llegar a uno que se adecúe a nuestras convicciones acerca de cómo debiese estar regulada la huelga de los servicios esenciales en Chile.

1. Alemania

Ulrich Zachert previene que “la cuestión, muy discutida en numerosos países vecinos, de saber si quedan excluidos de la huelga, y en qué medida quedan excluidos de la huelga, las empresas y los sectores que tienen una particular importancia para los intereses vitales del país o para el público, es una cuestión que en Alemania no plantea prácticamente ningún problema esencial. De acuerdo con el principio de que en estos conflictos debe ser respetada, todo lo que sea posible, la autonomía de las coaliciones, a lo que se concede una extremada importancia es a los procedimientos desarrollados por los sindicatos y las organizaciones empresariales”.

Conforme a este mismo autor, existen dos conceptos que se deben distinguir: en primer lugar encontramos el de *Notdiensten*, que se refiere a aquellas actividades que aseguran la continuidad del trabajo y la producción; y, en segundo lugar, se encuentran los *Notstandarbeiten*, que son aquellas actividades necesarias para proteger los bienes jurídicos imprescindibles de los terceros de las consecuencias de la huelga, en los que podemos incluir el gas, la electricidad, las empresas de transporte y los hospitales. Sobre esto se ha discutido si las luchas sociales quedan limitadas por el “bien comunitario”, concepto que por su extensión e incertidumbre genera una serie de conflictos. Al respecto, uno de los límites que se plantean para delimitar este concepto de bien comunitario, dice relación con la prohibición de causar daños ilícitos a terceros³, contenido en el BGB (2005: p.126).

³ El artículo 839 del Código Civil Alemán dice: “Si un agente público viola dolosa o culposamente la obligación del cargo debida a un tercero, debe reparar a éste el daño ocasionado”.

2. Italia

El Código Penal italiano, en sus artículos 330 y 333, prohibían el paro de trabajadores de la función pública y de los servicios públicos, y tipificaban como delito el abandono, tanto individual como colectivo, de los servicios públicos. Posteriormente se promulga el artículo 40 de la Constitución italiana que hace un reconocimiento en los siguientes términos: “*El derecho de huelga se ejercerá en el marco regulado por las leyes*”; por lo tanto, el tema en ese momento se centraba en discernir si el personal de dichos servicios eran titulares del derecho de huelga, o si por el contrario, la prohibición estaba aún en vigor.

A raíz de este debate el TC de dicho país terminó concluyendo que la huelga económica-profesional era lícita tanto en la función pública como en los servicios públicos. Sin embargo, introdujo una nueva distinción entre los *servicios públicos simplemente* y los *servicios públicos esenciales*. En los servicios públicos esenciales la huelga no podría causar perjuicio a los “intereses preeminentes”, es decir, existe un núcleo duro de prestaciones indispensables al funcionamiento mínimo del servicio que es necesario respetar en caso de huelga. Estas prestaciones pueden ser previstas por la ley, por un acuerdo colectivo, o incluso por un acto de autorreglamentación sindical, y el no cumplimiento de estas prestaciones indispensables es lo que sigue estando penado por el artículo 330 del Código Penal italiano.

En mandato de la norma constitucional anteriormente citada, se dicta la Ley 146 el año 1990 que viene a regular el derecho de huelga en Italia. Específicamente, el artículo 1.2 dispone: “*Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime de concessione o mediate convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza,*

alla libertà di circolazione, all' assistenza e previdenza sociale, all' istruzione ed alla libertà di comunicazione"⁴.

Ahora bien, el TC en una de sus últimas sentencias ha abierto la posibilidad a la experiencia de la autorreglamentación sindical unilateral, a través de los llamados "Códigos de autorreglamentación". Pero esta experiencia terminó siendo un fracaso por causa de la promulgación de una pluralidad de códigos y por los efectos limitados a sus afiliados. Se hacía evidente que ya no se daban las condiciones jurídicas ni políticas que pudiesen justificar la tentativa a legislar, a lo que la opinión pública, incitaba, agotada por la huelga continua en los servicios públicos. Toda esta situación terminó finalmente en un acuerdo de colaboración entre las confederaciones y el gobierno, dándose paso a la promulgación de una ley que reguló el problema (Ballestrero, 2005: p. 180 – 181).

3. México.

En primer lugar, se debe hacer una revisión de la regulación que se tiene en México respecto de los servicios públicos. El artículo 920 de la Ley Federal del Trabajo establece que el aviso de suspensión de labores, para empresas del servicio público, deberá darse, a lo menos, con diez días de anticipación. La misma Ley en su artículo 925 menciona cuáles serán los servicios considerados como públicos: *"Para los efectos de este capítulo, se entiende por servicios públicos los de comunicaciones y transportes, los de luz y energía eléctrica, los de limpia, los de aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones, los de gas, los sanitarios, los de hospitales, los de cementerios y los de alimentación, cuando se refieran a artículos de primera necesidad, siempre que en este último caso se afecte alguna rama completa del servicio"*.

En caso de hospitales o clínicas se deberá continuar prestando los servicios hasta que los pacientes puedan ser trasladados a otro establecimiento. En esta hipótesis, y en el

⁴ Traducido al español: "Para efectos de la presente ley son considerados servicios públicos esenciales, independientemente de la naturaleza jurídica de la prestación de trabajo, y aun cuando se presten en régimen de concesión o mediante convención, aquellos destinados a garantizar el goce de los derechos de las personas, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación".

listado de servicios que señala la norma anterior, asoma el carácter de servicio esencial, por lo que se presenta una verdadera excepción al derecho de suspender los trabajos. Ocurre que en México los servicios esenciales no tienen un tratamiento diferenciado con los servicios públicos; en otras palabras, no existe de manera directa una regulación de la huelga de los servicios esenciales de la comunidad, ya que el listado contenido en el artículo 925 da cuenta de la esencialidad de estos servicios llamados públicos y de la prohibición existente a su paralización.

El autor Néstor de Buen Lozano explica la negativa a regular sobre este tema en particular, aludiendo a demagogias derivadas de compromisos políticos, la contramoneda del corporativismo, más la obsolescencia de ciertas reglas concebidas cuando aún no era importante el concepto de servicios esenciales; todas las anteriores, razones por las cuales se inhibe al sistema a plantear esta hipótesis de regular sobre la huelga de los servicios esenciales. “Sobre ello, la alianza eterna del Estado con las formas sindicales que se reúnen en el “Congreso del Trabajo”, un club de leales al Estado y, con ciertas diferencias a veces notables, de muy escasa democracia interna, lo que supone el olvido de los intereses de sus supuestos representados, ahogados bajo el férreo control de las cláusulas de exclusión, es suficiente para tranquilizar al Estado e impedir estas huelgas. Y cuando se atraviesa algún sindicato independiente, el camino más frecuente es la represión, a veces, pero muy pocas veces, disfrazada de interpretaciones legales *sui-géneris*” (1996: p. 171-172), cayendo muchas veces en situaciones calificables de inconstitucionales, tales como requisas o expropiaciones temporales, aún cuando la titularidad de la empresa sea del Estado.

4. Uruguay

Cuando hablamos de la huelga, en términos generales, en la regulación legislativa uruguaya, dijimos que ésta se caracterizaba por ser totalmente opuesta a lo que ocurre con el excesivo reglamentarismo que se visualiza en Chile. Ahora, en materia de huelga de los servicios esenciales en Uruguay, lo único que se ha tratado de asegurar, y que se ha plasmado en ciertas normas legales, es la continuidad de la prestación de los servicios esenciales, mas no se encuentra una regulación detallada del tema.

Una de las normas que tiene aplicación en la materia es el artículo 4° de la Ley 13.720 de 1968⁵ (ley que fue posteriormente derogada por el decreto-ley 14.791 de 1978, derogación que, en todo caso, no fue total, sino parcial, pues dejó vigentes los artículos 3°, 4°-que analizamos ahora- y 5° de dicha ley, traspasando todas las facultades de la Comisión al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social) el cual dispone: *“Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares, además de ser de aplicación el régimen de los dos últimos incisos del artículo anterior, la Comisión podrá indicar, por resolución fundada dentro del plazo de cinco días a contar de la recepción de la comunicación los servicios esenciales, que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga o el lock-out en su caso. Esta decisión podrá ser objeto de los recursos previstos en el artículo 317 y concordantes de la Constitución, y en el artículo 347 de la Ley N° 13.318, de 20 de diciembre de 1984. En caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes”*.

Américo Plá reconoce que es el Ministerio (MTSS) el que determina cuáles son los servicios esenciales que deben ser mantenidos por “turnos de emergencia”, expresión que revela que se está creando una situación anormal, confirmando que cabe la huelga, con diversas peculiaridades, pero huelga al fin y al cabo. La norma no dice a quién corresponde organizar estos turnos, pero parecería desprenderse del contexto de la misma que son los propios dirigentes los que deberían hacerlo. “En general, ha sido ese el sistema (...) pero lo que el legislador ha querido asegurar de todas maneras, es el mantenimiento de los servicios declarados esenciales, hasta el punto que de producirse la interrupción de los

⁵ El objetivo de esta ley fue crear la COPRIN (Comisión de Productividad, Precios e Ingresos) destinada a tomar decisiones de índole económicas, tales como productividad de bienes y servicios, distribución de ingresos, además de tener ciertas atribuciones de carácter laboral; por ende, cuando en la norma se habla sobre la Comisión, se refiere a la COPRIN.

mismos, ello determinaría la ilicitud de la huelga (...) facultando a la autoridad pública a disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios” (1996: p. 333-334).

Finalmente, cabe mencionar que el artículo que hemos transcrito ha sido objeto de reclamos de inconstitucionalidad por parte de algunos sindicatos y organizaciones de trabajadores, dada la amplia interpretación que hacen de su letra las autoridades a la hora de fijar los servicios mínimos en caso de huelgas de servicios declarados previamente esenciales por ellos mismos. El Comité de Libertad Sindical se ha pronunciado al respecto, no en cuanto a la constitucionalidad de la norma, pero sí ha hecho recomendaciones solicitando al gobierno uruguayo que tome medidas en orden a reformar el artículo 4º con el objeto de adecuarlo a los principios internacionales en materia de servicios mínimos.

5. Argentina

Lo que sucede en Argentina es justamente lo que nosotras quisiéramos que hubiese en Chile: voluntad para regular la huelga de los servicios esenciales, y que dicha voluntad no sólo se agote ahí, sino que se vuelque efectivamente en la realidad una regulación detallada del tema, que abarque definiciones, ámbitos de aplicación, enumeración, garantías, modalidades, regulación de los servicios mínimos, etcétera.

En general los autores coinciden en que lo que se da en Argentina no es una prohibición de la huelga de los servicios esenciales, sino una regulación de la misma. Pero esta generalidad obviamente va acompañada de ciertas variantes. “En el campo específico de la reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales la historia parece repetirse: por sobre algunos aspectos normativos que indudablemente recogen las variantes más garantistas de los pronunciamientos de las garantías de la OIT (huelga regulada en vez de prohibida en los servicios esenciales en sentido estricto) aparecen otras disposiciones que por lo menos permiten dudar de la eficacia de las garantías establecidas, o directamente descreer de las mismas cuando se advierten las formas de aplicación concreta en los últimos conflictos” (Pérez, 2006: p. 8).

En la normativa del país trasandino se reconoce una variante respecto del nuestro, en lo que dice relación con el reconocimiento del derecho de huelga a nivel constitucional,

pues ellos consagran expresamente este derecho, lo que no es nuestro caso. No obstante lo anterior, existen en Argentina una serie de normas, de distinto rango, que han hecho el trabajo de restringir el ejercicio del derecho de huelga.

Haciendo una especie de historial de la legislación argentina, Pérez señala que en la primera etapa del derecho laboral argentino existía el decreto 2184 del año 1990, hoy derogado, el cual definía ampliamente a los servicios esenciales, a la vez que los enumeraba en forma abierta y extensa, permitiéndose además delegar facultades en la autoridad administrativa para incluir otras actividades o servicios (2006: p. 11). Algo bastante similar, por no decir igual a lo que ocurre actualmente en Chile. Este régimen “contenía dos sanciones muy graves y atentatorias contra la libertad sindical: por un lado disponía el sometimiento a arbitraje obligatorio en caso de no acuerdo en el conflicto en los servicios esenciales y por otro lado el incumplimiento a disposiciones de la autoridad de aplicación acarrearba la declaración de ilegalidad de la medida con riesgo de pérdida de la personería del sindicato, y abriendo la puerta para el despido de los trabajadores” (Raffaghelli, 2007: p. 340).

Entonces, el artículo 1º definía los servicios esenciales y junto con ello los enumeraba; posteriormente se consagraba la obligación de dar un preaviso, “indicando el detalle de las medidas de fuerza que habrán de adoptarse con el cumplimiento de la instancia previa de conciliación” (Ackerman, 1996: p. 20); luego se trataban los servicios mínimos los cuales se fijaban por medio de un convenio colectivo o durante el preaviso, siendo designados los trabajadores específicos por la parte empleadora; finalmente, se disponían sanciones frente al incumplimiento de las normas del decreto en comento, como ya nos advertía Raffaghelli, tales como sometimiento del conflicto a arbitraje obligatorio y algunas consecuencias que atentaban contra el sindicato.

La situación cambia a partir del año 2000, cuando se dicta el decreto 843, el cual elabora una lista de los servicios que se consideran esenciales, que coincide con la lista dispuesta por la OIT. Además, reuniéndose ciertas condiciones que la misma ley señala, el Ministerio de Trabajo podrá calificar a un servicio como esencial. Luego le sigue la Ley 25.877 del año 2004 (Ley de Ordenamiento Laboral), la cual no define a los servicios

esenciales, sino que los enumera, estableciendo además servicios esenciales por extensión, a los cuales ya nos referimos con antelación.

Actualmente en Argentina rige la huelga de los servicios esenciales el decreto 272/2006 que se encarga de desarrollar el artículo 24° de la Ley 25.877, decreto que, en palabras de Tribuzio, da cuenta de “cómo las atribuciones intervencionistas de la autoridad de aplicación en el conflicto, lejos de haberse debilitado, aparecen no sólo repotenciadas sino también, injustificadamente ampliadas” (2007: p. 5). “Se ha desperdiciado una buena posibilidad de aprovechar una herramienta cuya imparcialidad e independencia hubiera garantizado eficazmente la autonomía sindical, el respeto cabal del derecho de huelga y la adecuada contemporización de los intereses en conflicto. Es sorprendente la notable defección del decreto respecto de los principios que -tanto desde su letra y espíritu, como desde el discurso que le sirvió de apoyo- inspiraron la norma que aquél viene a regular” (2007: p. 13).

6. España

Como ya hemos adelantado en párrafos anteriores, el derecho de huelga en España estaba regulado por el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977 (DLRT). De acuerdo a Palomeque, esta ley regulaba la huelga con arreglo a esquemas forzosamente provisionales y restrictivos, pues lejos de consagrar un régimen auténtico de derecho de huelga, la norma llevaba a cabo, con desconfianza y temor, una regulación fuertemente limitadora de la huelga, por no pensar que se trataba de una legislación “antihuelga”.

Posteriormente, en 1978, se dicta la Constitución Política, la cual consagra expresamente el derecho de huelga en su artículo 28.2, reconociendo una amplia libertad sindical, lo que no concuerda con el contenido de la ley antes citada. Por esta razón, muchos estimaron que esta ley había quedado implícitamente derogada, pero fueron los diputados socialistas quienes presentaron un recurso de inconstitucionalidad ante el TC para que se pronunciara sobre dicha incompatibilidad de contenidos. Es en este momento cuando el TC procede a dictar la famosa sentencia 11/1981, que viene a depurar la regulación del derecho de huelga y que se estima por ellos mismos como interpretativa, pues señala que el texto de la ley no es inconstitucional si se entiende de una determinada

manera. Es por esta razón que Palomeque estima que “el DLRT constituye en la actualidad, depurado constitucionalmente por el Tribunal Constitucional, la disciplina legal del derecho de huelga” (1992: p. 269).

Ahora bien, en específico, respecto de la huelga en los servicios esenciales, conjuntamente con la regulación del DLRT, existen variadas normas reglamentarias dictadas por el gobierno y los distintos ministerios; asimismo los tribunales de justicia españoles se han dado el trabajo de desarrollar bastante doctrina en esta materia. “No obstante, a pesar de esta hiperregulación del derecho de huelga, en el ámbito de los servicios esenciales, la propia naturaleza del modelo actual y su irregular aplicación por parte de la autoridad gubernativa, han generado una extraordinaria conflictividad inducida y una quiebra en la práctica de dicha regulación” (Martín Aguado, 1993: p. 200). Ahondando un poco más en esta situación de conflicto, por ejemplo, no se consideran mecanismos de mediación o arbitraje; respecto de los servicios mínimos, el control por parte de los tribunales de justicia es básicamente nulo; y por último, se presenta el abuso de la autoridad en la fijación de dichos servicios mínimos.

Es por todo lo anterior que los sindicatos tomaron la decisión de presentar al gobierno de turno un proyecto de regulación del derecho de huelga, el año 1989, llamado *Propuesta Sindical Prioritaria*. La principal idea de esta propuesta era modificar una regulación conservadora y restrictiva del derecho de huelga de los servicios esenciales, a través de la armonía y la conciliación del derecho de huelga con otros derechos fundamentales de los ciudadanos (Martín Aguado, 1993: p. 200-201). En 1991 presentan la *Iniciativa Sindical de Progreso* como una alternativa a las propuestas del gobierno, todo esto en medio de una negociación entre sindicatos y gobierno socialista. Al igual que la anterior, proponía la autorregulación sindical, es decir, el compromiso del sindicato de cubrir determinados servicios mínimos en los servicios esenciales; ejercer el derecho de huelga en períodos que menos afecten a los usuarios; y dar aviso con suficiente antelación. Además, proponen, para garantizar el ejercicio de este derecho, la restricción del concepto de servicios esenciales, que serían determinados por las organizaciones sindicales, según los principios de la OIT; un procedimiento para la determinación de servicios mínimos en

base a propuestas sindicales; y por último, se elaboraría una “propuesta intersindical” de autorregulación del derecho de huelga en los servicios esenciales.

Hasta el año 1992, en España se seguía debatiendo acerca de la posible promulgación o no de una ley orgánica que regulara el ejercicio del derecho de huelga, que reemplazara definitivamente al cuestionado DLRT de 1977, sin embargo, muchos autores concuerdan en que dicha ley no tiene una aparición segura en un futuro próximo.

Capítulo IV: Nuestras Consideraciones

Para finalizar el análisis de la legislación laboral chilena, y como una forma de entregar una visión acerca del problema que suscita la huelga de los servicios esenciales, estimamos que es necesario otorgar nuestras conclusiones sobre ciertos puntos ligados a este tema mayor; tomándolo en cuenta, además, como la finalidad de nuestra tesina.

Cualquiera de las próximas conclusiones que saquemos a raíz de nuestras lecturas, carecería de todo valor si no tratamos previamente, a modo de proposición, el reconocimiento directo y expreso del derecho de huelga a nivel constitucional. Ya desarrollamos en un primer momento que el derecho de huelga está reconocido de manera implícita en el artículo 19 N° 16, sin embargo, esto sigue siendo un punto débil en la regulación de las relaciones laborales, ya que da pie para que muchos afirmen, de manera no tan equívoca, que el derecho de huelga no es un derecho fundamental, pues no se encuentra expresamente reconocido. Es más, incluso algunos autores son de la opinión que los tratados internacionales tampoco recogen el derecho de huelga expresamente, salvo el artículo 8° del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Por otra parte, somos partidarias del reconocimiento que se hace del derecho de huelga por medio del artículo 5° de la Constitución, el cual otorga a los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile, y que abordan esta materia, rango constitucional. En este sentido, creemos enérgicamente que debiese darse un reconocimiento expreso al derecho de huelga de los trabajadores por parte de la Constitución, en términos amplios, pero también un reconocimiento expreso de este derecho a los servicios esenciales y a los servicios mínimos, de manera positiva, con todas las garantías que ello implica, y que sin duda alguna otorgaría eficacia, supremacía, certeza jurídica y mayores herramientas de defensa a los trabajadores en el precario sistema de relaciones laborales de nuestro país.

Si esta reforma constitucional se llevase a cabo daría como resultado la regulación de un derecho fundamental por parte de quien tiene el deber de hacerlo: la ley. Esta suerte de reserva legal constituiría una de las primeras garantías en orden a asegurar el debido

ejercicio del derecho de huelga. “El legislador es el órgano más apropiado para desarrollar los derechos, en la medida que es el intérprete de la soberanía nacional más representativo de la sociedad en cada momento histórico, excluyendo así al administrador como regulador primario de los derechos fundamentales” (Nogueira, 2003: p. 51).

Al regular legalmente el derecho de huelga se estaría otorgando contenido a la libertad sindical, ya que los trabajadores podrán ejercer estos derechos y ya no será sólo un reconocimiento superficial del mismo. Compartimos la idea de que no se saca nada con reconocer un determinado derecho si éste no va acompañado de un desarrollo que otorgue los mecanismos necesarios para ejercerlo en plenitud.

La regulación legal de la huelga de los servicios esenciales no debe significar excluir la intervención de otros entes, lo que sí debe hacer es fijar el marco y las condiciones para que esta intervención complementaria se adecúe a Derecho, que fije también las sanciones en caso de incumplimientos, y para que, en general, se garantice férreamente el derecho de huelga de los trabajadores de los servicios esenciales y se fortalezca un sistema que hasta este momento sólo encuentra vacíos en su regulación.

Somos conscientes, al igual que los autores a los cuales hemos acudido y examinado, que en la huelga de los servicios esenciales existe una colisión de bienes jurídicos. Encontramos por una parte el derecho de huelga de los trabajadores de los servicios esenciales, y por otra, la satisfacción de necesidades públicas y básicas respecto de los ciudadanos, los cuales pasan a formar parte del conflicto laboral como tercera parte. De esta forma, optar por la posibilidad de que el servicio esencial se mantenga en funcionamiento mientras dure la huelga, obviamente significa tomar un resguardo respecto de los derechos de los ciudadanos que se ven perjudicados. Y al mismo tiempo, también somos conscientes que la huelga en los servicios esenciales no significa volver a un estado primitivo, salvaje y sin reglas; ya que, como hemos visto en distintas oportunidades, hay ciertos servicios que son capaces de autorregular el establecimiento de turnos éticos en caso de que tomen la decisión de ir a huelga, que hacen que las necesidades más básicas sean plenamente satisfechas. Es decir, en la medida que exista una detallada regulación marco acerca del ejercicio de la huelga en estos servicios, no se debe tener desconfianza en

entregarles a los sindicatos ciertas cuotas de poder, para que sean capaces de decidir, sobre ciertas materias, cuestiones importantes, para que sea compatible el ejercicio de su derecho de huelga, con la satisfacción de servicios esenciales para la comunidad. Pero insistimos, esta autorregulación sindical parcial de la huelga de los servicios esenciales debe tener su origen estrictamente en la ley, es ésta quien debe decidir qué nivel de eficacia puede llegar a tener alguna medida adoptada por los trabajadores.

Ya vimos en ejemplos anteriores, en países como Italia y España, cómo el exceso de tópicos o materias otorgadas a los sindicatos para que se autorregularan se transformó, malamente, en un desorden normativo, pues cada uno de ellos dio lugar a variados códigos y normas de reglamentación de la huelga, lo que a su vez trajo como consecuencia la promulgación de una ley que abarcara de forma unitaria y acabada a todos los servicios esenciales. Esta idea es la que proponemos para la regulación de los servicios esenciales en Chile, es decir, que sea el mismo legislador quien establezca cuál es la definición de servicios esenciales, de acuerdo a un concepto certero desde el punto de vista jurídico, que no dé lugar a dudas ni vacilaciones que permitan interpretaciones arbitrarias, como lo es hoy en día, al ser declarados una vez al año por una resolución de tres ministerios de gobierno. Lo que ocurre es que cada año pueden ir agregándose o quitándose de la lista determinadas prestaciones, al antojo no sólo de la autoridad administrativa, sino también de los empresarios que, acudiendo a la Contraloría pueden objetar la licitud de esta resolución a su conveniencia, como por ejemplo en el caso FENATRAOS, sin tomar como parámetro ningún criterio uniforme ya establecido, porque sencillamente éste no existe.

Sintetizando las ideas anteriores, es el legislador el que debe llevar a cabo la tarea de confeccionar un concepto de servicios esenciales, siempre tomando en cuenta las directrices impuestas por la normativa internacional en este sentido, y también tomando en cuenta la realidad histórica nacional. Pero además, y complementando la regulación de los mismos, estimamos conveniente mantener el sistema de la elaboración de un listado de servicios esenciales, con variaciones eso sí, en cuanto a la forma y a los entes que la efectúan. En efecto, y como una forma de contrarrestar la unilateralidad de intereses, debiese ser la Central Unitaria de Trabajadores, en conjunto con el Ministerio del Trabajo, los encargados de elaborar la lista de servicios esenciales anualmente, conforme a un criterio uniforme y

bien fundamentado, para que exista un equilibrio y se represente de forma real el interés de los trabajadores, desechando en este sentido el actual sistema que implica únicamente la intervención de los tres ministerios. En definitiva, optamos por un sistema de regulación mixta.

En cuanto al contenido de la lista, específicamente, cuáles debiesen ser los servicios esenciales, tomamos en consideración aquel que efectuó el Comité, y obviamente el concepto de servicios esenciales de la Comisión ciñéndonos exclusivamente a proteger los bienes jurídicos que allí se mencionan: la vida, la seguridad y la salud. En primer lugar, sin duda alguna debe considerarse como servicio esencial el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios de abastecimiento de gas, la policía, el servicio de transporte de locomoción colectiva, la recolección de basura y la producción de alimentos en cuanto su paralización total podría producir un desabastecimiento generalizado en la población. Además, creemos que no debiesen ser considerados como servicios esenciales la radio, la televisión, los puertos, los bancos, parques de atracciones, metalurgia, sector minero, servicios de correo, hotelería, construcción. Como se aprecia, diferimos en ciertos casos de la enumeración que hace el Comité, y además debemos tener en cuenta otros casos especiales como el de los bomberos, los cuales en Chile no son remunerados por la labor que realizan, por ende, difícilmente podrían tomar la decisión de ir a huelga por demandas o reivindicaciones laborales.

Una de las piedras angulares de nuestro trabajo dice relación con los servicios mínimos, figura aplicada tanto en España como en Argentina. A nuestro entender, lo que nuestra legislación debe hacer para resolver el conflicto que se da cuando se produce este choque de derechos fundamentales, es garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales a través del establecimiento de los servicios mínimos. Es decir, no debiese existir una prohibición respecto del derecho de huelga de los servicios esenciales, sino simplemente una restricción. Siendo así, y siguiendo la misma línea argumentativa respecto del punto anterior, los mismos trabajadores serán responsables frente a las necesidades de su comunidad. Una forma de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales es a través del reconocimiento constitucional de los servicios mínimos.

Respecto a quién debiese tener la facultad para establecer los servicios mínimos existen varias hipótesis. Vimos en su momento que en España, por ejemplo, se propugna la existencia de un tercero imparcial que fije los servicios mínimos, pero que en la práctica no ha tenido lugar y sigue siendo la autoridad gubernativa la que designa dichos servicios. Nuestra postura se aleja de esta opción, y planteamos la posibilidad de que sean los mismos sindicatos los que al momento de decidir en asamblea declarar la huelga de sus trabajadores, establezcan quiénes son los que mantendrán en funcionamiento el servicio esencial. Este es un ejemplo del sistema de regulación mixta que proponemos, se trata de un asunto que perfectamente puede ser regulado, a nuestro entender, directamente por los sindicatos. Optamos por esta alternativa tomando en cuenta que son los mismos trabajadores los que se relacionan a diario con el trabajo que realizan y por lo tanto son los actores más adecuados para decidir la cantidad de trabajadores, qué trabajadores en específico, y qué labor debe asegurarse para la continuidad de la prestación del servicio esencial. Es evidente que existe un margen de trabajadores no despreciable que no se encuentra adherido a ningún sindicato, y asimismo, existen trabajadores que estando adheridos a ellos, no participan de las decisiones que en ellos se toman o no comparten el mismo punto de vista sobre un determinado tema o sobre el conflicto en general, y que en consecuencia, pueden llegar a tener la libertad de elegir seguir trabajando y no participar de la huelga. Además, en último término esta posibilidad redundaría en la propia productividad del servicio que se seguirá prestando.

En efecto, si comparásemos nuestra propuesta con lo que ocurre en España, evidentemente contamos con puntos a favor. En el párrafo anterior mencionamos que en España sigue siendo la autoridad gubernativa la que designa los servicios mínimos, en cuanto a la extensión en que éstos seguirán funcionando, pero junto con esto, existe lo que se llama el complemento técnico y funcional de los servicios mínimos, que también es designado por la autoridad gubernativa, y justamente la labor que cumple es de proveer al servicio mínimo de las herramientas de coordinación necesarias para que una determinada parte del servicio siga funcionando eficientemente, siendo este complemento el que determina en algunos casos los puestos de trabajo, en otros casos los trabajadores concretos que deberán continuar en sus funciones, o ambos a la vez. Ahora bien, el problema que se

presenta es que este complemento puede ser integrado por la dirección de la empresa en cuestión; puede ser acordado por medio de una negociación colectiva; o bien, puede ser decidida por el sindicato, siendo la primera opción la que provoca mayores trabas pues se puede prestar para conductas discriminatorias, abusivas o antisindicales por parte del empresario respecto de los trabajadores.

Además, se resolvería un tema bastante conflictivo que se da en España, en donde, producto de ser la autoridad la que designa los servicios mínimos, en caso de existir un abuso en dicha designación el control judicial es posterior incluso a la resolución del conflicto, por lo que la restricción al derecho de huelga ya se habrá provocado. En cambio, en el caso de ser los mismos sindicatos los que autogestionen los servicios mínimos, no será necesario llegar a la vía judicial porque de plano no habría ninguna transgresión en el mecanismo. Por otra parte, el control que se lleva a cabo sobre la designación que hace la autoridad gubernativa es de tipo administrativo, en cambio el control sobre la designación del complemento técnico corresponde a la justicia ordinaria.

Si en cambio dotáramos, en este punto, de autonomía decisoria al sindicato, serían ellos quienes podrían decidir el establecimiento de los servicios mínimos, los puestos de trabajo y los trabajadores en concreto, lo que redundaría en un mayor nivel de producción del servicio, pues se trataría de trabajadores dispuestos a seguir cumpliendo con su labor sin necesidad de ser forzados a hacerlo y que, en consecuencia, su rendimiento sea decreciente. Además podrían decidir turnos en cada puesto de trabajo y el tiempo que se requiere en cada uno de ellos. Todo lo anterior, sin mencionar la cantidad de tiempo que se ahorraría si la designación de los servicios mínimos fuese por parte de los sindicatos, pues éstos harían el trámite mucho más expedito para poder ejercer su derecho de huelga, en cambio, la autoridad tratará siempre de dilatar el asunto con tal de impedir que la huelga se lleve a cabo.

El tratamiento acerca de la extensión del servicio mínimo debe ser a través de la ley, la misma ley que regule los servicios esenciales, pero cuando se trate de cuestiones que dicen relación con aspectos técnicos y funcionales –como las que asume el complemento en España-, ya sea designación de los puestos de trabajo en específico, o bien, el número

mínimo de trabajadores que deben seguir funcionando; su regulación debe ser acorde a cada servicio esencial en específico y a la prestación que se otorgue, pudiendo estar incluido en cada reglamento sindical.

Entendemos, al mismo tiempo, que este sistema no debe funcionar así simplemente con los sindicatos sesionando solos, sin control alguno, es por ello que como un mecanismo de fiscalización de las actuaciones de los sindicatos, en la misma asamblea en que se decida el establecimiento de los servicios mínimos, debiese tener lugar la presencia de un ministro de fe por parte de la Dirección del Trabajo, un tercero externo, que acredite que todo lo obrado en asamblea sea conforme a la ley, que extienda un acta en este mismo sentido, y que por sobre todo, sirva como documento de prueba en caso de que sean pasados a llevar respecto de sus decisiones como ente autónomo.

Otro mecanismo que contemplan algunas de las legislaciones comparadas que revisamos es la obligación por parte de los trabajadores de dar un preaviso mínimo. “Constituye una típica medida de prevención de la huelga tendiente a evitar los paros sorpresivos (...) consiste en facilitar las tratativas para solucionar el conflicto, al tiempo que también hace posible que, a partir de la comunicación de la adopción de medidas de acción directa a la autoridad administrativa, los usuarios puedan ser debidamente informados del conflicto y el gobierno adopte aquellas decisiones tendientes a paliar los daños que provocará la controversia colectiva” (Cassagne, 1993: p. 83). Dada la trascendencia de los bienes jurídicos que se ven afectados más la naturaleza de las prestaciones que otorgan los servicios esenciales, es una buena alternativa contar con esta medida del preaviso, pues permite dar un tiempo razonable, tanto al empleador como a los usuarios del servicio esencial, para prepararse y tomar resguardos que permitan que la huelga de los trabajadores les impacte lo menos posible. Cabe una vez más recordar que esta medida constituye una garantía para los usuarios, que al mismo tiempo admite el ejercicio del derecho fundamental de huelga por parte de los trabajadores.

Conclusiones

A modo de conclusión, se deben observar tres avances en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: el reconocimiento constitucional del derecho fundamental de huelga; el mismo reconocimiento de este derecho para los trabajadores de los servicios esenciales y; por último, el reconocimiento al mismo nivel constitucional de los servicios mínimos como modo de restricción a la huelga. En definitiva, son estos tres puntos los que permitirán que sea la ley la que pueda regular el derecho fundamental de huelga de los trabajadores, estableciendo el marco general de regulación que diga relación con competencias, los entes facultados para intervenir, sanciones si es que corresponden, etcétera.

En nuestro país, la regulación de la huelga de los servicios esenciales es básicamente nula, existe sólo un artículo que se refiere a ellos y sólo se encarga de restringir su ejercicio imponiendo diversas trabas jurídicas y de autoridad. En este orden de ideas, a lo único que pudimos acudir para salvar este problema fue a la legislación comparada, tanto de países europeos como latinoamericanos, los cuales nos dieron una amplia visión de directrices posibles a seguir en cuanto a su regulación, para lograr de esta forma la armonía social que imponen como ideal los organismos internacionales en donde los derechos de los trabajadores sean respetados y promovidos. Sólo en base a ejemplos pudimos construir una especie de proyecto de regulación de la huelga de los servicios esenciales, que obviamente se acercara a nuestro sentir respecto a temas tan sensibles como los derechos fundamentales de los trabajadores, pero que también recogiera ciertas garantías para proteger los derechos de los usuarios de los servicios esenciales, como son, por ejemplo, los servicios mínimos y el preaviso.

Entendemos que los derechos de ambos sectores deben ser conciliados, por lo tanto no creemos posible la aplicación de medidas que tiendan a coartar los derechos de algunos para beneficiar a otros. El contenido de la huelga consiste en la cesación efectiva del trabajo, de esta forma, cuando se restringe la cesación del trabajo a través del establecimiento de servicios mínimos, lo que se está haciendo es una ponderación de los

derechos de los trabajadores y de las necesidades de los ciudadanos afectados por la huelga de los servicios esenciales. Existiría, en este sentido, un reconocimiento de dichos derechos y necesidades, sin tener que prohibir la huelga a los trabajadores de estos sectores. Habría una perfecta compatibilidad de bienes jurídicos, sin necesidad de tener que prohibir uno para dar cabida al otro, finalmente, en eso consiste el juego de la ponderación de derechos, permitiendo que cada uno se ejercite en la medida que los límites del ejercicio del otro derecho se lo permita, y sin caer en una afectación del contenido básico y esencial del derecho de huelga.

Es muy probable que aunque se llegara, algún día, a legislar de la forma que hemos propuesto, los conflictos acerca de la regulación de la huelga de los servicios esenciales no terminarían. Sin embargo, al hacerlo se estaría dando un enorme paso en orden a alejarnos de una legislación autoritaria cuyo origen encontramos en la dictadura y que tiene como finalidad la anulación, o a lo menos, la coartación de los derechos de los trabajadores.

Bibliografía

LIBROS:

Caamaño, Eduardo; Ugarte, José Luis (2008): *Negociación colectiva y Libertad Sindical: Un enfoque crítico*, Legal Publishing, Santiago.

Cassagne, Juan Carlos (1993): *La huelga en los servicios esenciales*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas S.A, Madrid.

Gamonal, Sergio (2002): *Derecho Colectivo del Trabajo*, Lexis Nexis, Santiago.

Palomeque, Manuel Carlos (1991): *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

COLABORACION EN OBRAS COLECTIVAS:

Ackerman, Mario (1996): “La huelga en Argentina”, en *La huelga en Iberoamérica*, Mario Pasco Cosmópolis (coord.), Editorial Porrúa S.A, México, pp. 1-22.

Ballestrero, María Vittoria (2005): “Informe Italiano”, en *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Antonio Marzal (ed.), J.M Bosch Editor, Barcelona, pp. 169-197.

De Buen, Néstor (1996): “La huelga en México”, en *La huelga en Iberoamérica*, Mario Pasco Cosmópolis (coord.), Editorial Porrúa S.A, México, pp. 129-177.

Ermida, Oscar (1993): “La huelga en el derecho internacional y comparado del trabajo”, en *Derecho del Trabajo*, Francisco Tapia (coord.), Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, pp. 223-238.

Montoya, Alfredo (1996): “La huelga en España”, en *La huelga en Iberoamérica*, Mario Pasco Cosmópolis (coord.), Editorial Porrúa S.A, México, pp. 107-128.

Morgado, Emilio (1996): “La huelga en Chile”, en *La huelga en Iberoamérica*, Mario Pasco Cosmópolis (coord.), Editorial Porrúa S.A, México, pp. 49-105.

Plá, Américo (1996): “La huelga en Uruguay”, en *La huelga en Iberoamérica*, Mario Pasco Cosmópolis (coord.), Editorial Porrúa S.A, México, pp. 287-351.

Tapia, Francisco (1993): “Notas críticas sobre el derecho sindical chileno”, en *Derecho del Trabajo*, Francisco Tapia (coord.), Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, pp.149-158.

Ulrich, Zachert (2005): “Informe Alemán”, en *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Antonio Marzal (ed.), J.M Bosch Editor, Barcelona, pp. 111-132.

Videla, Guillermo (1993): “La negociación colectiva y la huelga en la legislación chilena”, en *Derecho del Trabajo*, Francisco Tapia (coord.), Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, pp. 209-222.

DOCUMENTOS:

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2010): Observación individual sobre el Convenio sobre la Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación, n° 87, 1948. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=11315&chapter=6&query=Chile%40ref&highlight&querytype=bool&context=0>. Fecha de consulta: 4 de junio de 2011.

Dirección del Trabajo (2009): ENCLA 2008, Sexta encuesta laboral, Santiago.

Organización Internacional del Trabajo (1994): Libertad Sindical y Negociación Colectiva, Conferencia Internacional del Trabajo 81.º reunión.

Organización Internacional del Trabajo (2008): La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas, Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo 97.º reunión.

ARTÍCULOS:

Marzi, Daniela (2011): “Tutela de los derechos fundamentales en el sector público y el avance de la realidad”, en *Revista Laboral Chilena*, n°194, pp. 79-89.

Palomeque, Manuel (1992): “*Los dos debates políticos sobre la promulgación de una nueva ley de huelga y la estrategia diferenciada de los sindicatos*”, en *Relaciones Laborales*, n° 12, p. 2-27.

Ugarte, José Luis (2008): “*Huelga y servicios esenciales: El estrangulamiento institucional de un derecho fundamental*” en *Estudios Laborales/Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 3, pp. 91-99.

Varas, Mario (2001): “*Principios de la OIT referidos al derecho de huelga*”, en *Revista Laboral Chilena*, n°1 94, pp. 45-52.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS:

Baylos Grau, Antonio (1989): “*¿La huelga en libertad vigilada? Controles institucionales al derecho de huelga*”, en *Seminario autoridad y democracia en la empresa*, Fundación 1° de mayo UIMP, Santander, pp. 19-29. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529997>. Fecha última consulta: 9 de septiembre de 2011.

Caamaño, Eduardo (2008): “*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*, Volumen XXX, pp. 465-481. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000100007. Fecha última consulta: 5 de agosto de 2011.

Caamaño, Eduardo; Gamonal, Sergio; Ugarte, José Luis (2009): (2009): “*A construir un nuevo trato laboral, Libertad Sindical, el Derecho a Huelga en Chile y la Negociación Colectiva en el Sector Público (Convenio N° 151 OIT)*”, en *Fundación Instituto de Estudios Laborales*, Santiago. Disponible en http://www.cutchile.cl/seminario_laboral/RELATORIA.pdf. Fecha última consulta: 5 de agosto de 2011.

De Miguel, Iñigo (2003): “*Libertad sindical y derecho al desarrollo ¿Dos conceptos llamados a encontrarse?*”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de*

las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, número 12, pp. 217-249. Disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3720>. Fecha última consulta: 10 de octubre de 2011.

Ermida, Oscar (2006): “*La nueva legislación laboral uruguaya*”, en *Revista Ius Labor*, n° 4, pp. 1-9. Disponible en <http://www.upf.edu/iuslabor/042006/LatinoamericaOscarErmida.pdf>. Fecha última consulta: 14 de julio de 2011.

Gernigon, Bernard; Odero, Alberto; Guido, Horacio (2000): *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087989.pdf. Fecha última consulta: 22 de abril de 2011.

Goerlich, José María (1990): “*El derecho de huelga en los servicios esenciales*”, en *Revista Jueces para la Democracia*, pp. 36-42. Disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2010%20septiembre%201990.pdf>. Fecha última consulta: 22 de abril de 2011.

Nogueira, Humberto (2003): “*El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales*”, en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n°2, pp. 30-65. <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/11439>. Fecha última consulta: 10 de octubre de 2011.

Pérez, Guillermo (2006): “*Derecho de huelga y servicios esenciales*”, en *XXXII Jornada de Derecho Laboral de la Asociación de Abogados Laboralistas*, pp. 1-18. Disponible en <http://www.tel.org.ar/legales/derhuelgayserve.pdf>

Piñera, José (1990): *La revolución laboral en Chile*, Editorial Zig-Zag, Santiago. Disponible en http://www.josepinera.com/jp/revolucion_laboral.pdf. Fecha última consulta: 29 de abril de 2011.

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

nº 03, pp. 330-356. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/336/33613302.pdf>. Fecha última consulta: 24 de junio de 2011.

Rojas Miño, Irene (2007): “*Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral*”, en *Revista Ius Et Praxis*, año 13, nº 2, pp. 195-221. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art09.pdf>. Fecha última consulta: 27 de mayo de 2011.

Torrente, Susana (1992): “*Huelga, servicios esenciales, servicios de seguridad y mantenimiento: la nueva regulación*”, en *Revista Estudio Financiero*, nº 113-114, pp. 109-162. Disponible en <http://www.laboral-social.com/files-laboral/COMENTARIO%20SOBRE%20LA%20HUELGA.pdf>. Fecha última consulta: 6 de mayo de 2011.

Tribuzio, José E. (2007): “*Nueva reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales*”, en *Espacio de Trabajo, Facultad de Derecho Universidad de la República*, Boletín Nº 1, pp. 1-14. Disponible en http://www.fder.edu.uy/espaciode trabajo/boletines/boletin_1/tribuzio.pdf. Fecha última consulta: 19 de octubre de 2011.

Ugarte, José Luis (2008): “*La huelga como derecho fundamental*” en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, pp. 135-174. Disponible en <http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/huelga.pdf>. Fecha última consulta: 5 de agosto de 2011.

Ugarte, José Luis (2010): “*El modelo de trabajo en Chile y los derechos de los trabajadores*”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, pp. 381-405. Disponible en http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=2. Fecha última consulta: 14 de octubre de 2011.