

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2014
ISBN: xxx-xxx-xxx-xxx-x

Editor general
Tomás Vial Solar
Edición
Sergio Missana

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



**EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**

INDICE

Presentación	09
1. ¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones pos-dictadura.	21
2. La huelga, un derecho fundamental.	63
3. Trabajadoras de casa particular: invisibilizadas y discriminadas.	109
4. Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile.	157
5. Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos.	203
6. El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad.	245
7. Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal.	291
8. Derechos de los migrantes y refugiados.	333
9. Derecho a la salud mental: la infancia olvidada.	377
10. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.	417
11. El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile.	447

12. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. 477

Biografías autores Informe 2014 493

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su duodécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2013 y mediados del presente año en diversos aspectos de los derechos humanos vigentes en Chile.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad, desde esa óptica, aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad, teniendo además en consideración las experiencias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprehensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su inicio, ha sido presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 12 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Justicia Transicional (antes de Derechos Humanos) de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, y realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando

a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que, en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades, aún falta un largo camino por recorrer, sin perjuicio de valorar positivamente los recientes anuncios del gobierno en esta materia. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Instituto Médico Legal o la PDI, destacando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Respecto a estos diversos aspectos, la autora recomienda al Estado de Chile, entre otras cosas, la derogación o el dejar sin efecto la ley de Amnistía, el establecimiento de una instancia permanente de calificación de las víctimas y sobrevivientes de violaciones de DD.HH., y la provisión de asesoría y representación a las víctimas de tortura y prisión política.

Los derechos de los trabajadores y trabajadoras en Chile son el tema común de dos de los capítulos del *Informe 2014*. Los profesores César Toledo y Karla Varas, en el capítulo “La huelga, un derecho fundamental”, analizan acuciosamente—en relación a las normas internacionales—la actual normativa del Código del Trabajo respecto al derecho a la huelga, así como también la situación de los funcionarios públicos en esta materia. Los autores afirman que el panorama es bastante desolador, pues no solo existe una deuda en materia legislativa, sino también en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por empleadores tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: resaltando situaciones puntuales de violencia invisibilizando el conflicto laboral de fondo que está detrás. Ante esta realidad, dos de las recomendaciones más relevantes son la de promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia, por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile, y consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales, en el sentido estricto del término, de acuerdo a los estándares de la OIT.

La situación de las trabajadoras de casa particular (TCP) es el tema abordado por las investigadoras Lidia Casas y Helena Olea en el capítulo titulado “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y dis-

criminadas”. El propósito del capítulo es analizar la situación de las trabajadoras de casa particular en Chile a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se consideran elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Se aborda también la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa y judicial. Por último, se analizan los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. En la investigación se aprecia también el importante aspecto migratorio que presenta hoy en Chile el trabajo doméstico. Las autoras concluyen que un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de los derechos de las TCP, como el que existe hoy, perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y que las actuales políticas migratorias facilitan el abuso. A fin de remediar estas graves violaciones a los derechos, las autoras recomiendan, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos de las TCP con el resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un régimen de gradualidad, y diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP.

La problemática de los pueblos indígenas en Chile y el respeto de sus derechos humanos ha sido una constante de los diversos *Informes*. En este año se quiso analizar dos aspectos centrales de ella y que han sido además objeto de intenso debate público: la política de entrega de tierras y la exigencia de mecanismos de consulta libre, previa e informada respecto a los asuntos que afecten a los pueblos y comunidades indígenas en el contexto de proyectos de inversión en el norte de Chile.

La investigadora Antonia Rivas aborda el primer tema en el capítulo titulado “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”. En él se analizan los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado, las situaciones especiales de cada pueblo indígena, y los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios. El estudio concluye afirmando que, lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y la sociedad chilena. Junto con ello, las deficiencias de la legislación y en la política pública, en particular la operación deficiente del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI y la demora en la titulación de las tierras fiscales, indican que se trata de una política pública fuertemen-

te expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Se señala también que se trata de una política pública fuertemente reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, que no tiene un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas. Y, junto con ello, la sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. A fin de avanzar en la solución de estas demandas, se recomienda generar un proceso participativo, impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios, las políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales; incrementar los presupuestos destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar la restitución a los pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados; y considerar la utilización de nuevos mecanismos como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado en la restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.

La exigencia de una consulta previa, libre e informada (CLPI) respecto a los actos que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas es el tema desarrollado por los investigadores Alonso Barros y Judith Schönsteiner en el capítulo “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. El capítulo analiza, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la CPLI en relación a proyectos de inversión mineros en Chile; revisa el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del SEIA (DS 40), así como en el proceso de la “Mesa de Consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la CPLI en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN; y evalúa en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si le permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia. Se concluye que, tanto los procesos de elaboración de esos instrumentos como en lo sustantivo no se satisfacen los estándares impuestos por el derecho internacional. Ante esto, se recomienda dar

prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que se obligue a la CPLI de *todos* los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo analiza los estándares requeridos por parte de los inversionistas, especialmente en los casos que el Estado no cumple con su deber de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, se recomienda que las empresas mineras debieran cumplir con los estándares internacionales aun en situaciones en las que el Estado no requiere la consulta, tales como el otorgamiento de concesiones, derechos de aguas, o exploraciones.

Para el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la UDP ha sido una constante preocupación el análisis de la situación de nuestro sistema carcelario y las políticas criminales desde la perspectiva de los derechos humanos. Este *Informe* no es la excepción: en el trabajo de los investigadores Olga Espinoza, Fernando Martínez y Guillermo Sanhueza, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, se aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos, durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. De esta forma, se logra contrastar el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de auto reporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones. En lo central se concluye que en Chile los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Se señala que persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en una considerable cantidad de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria, pero, por sobre ello, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabiertos (Centros de Educación y Trabajo) y abierto. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal, potenciando el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, así como intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura; aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales, así como del personal técnico. Ello incluye seguir incorporando transversalmente un enfoque de derechos humanos en la

formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de re-inserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.

El análisis, desde una perspectiva de los derechos humanos, de los organismos genéticamente modificados (OGM) es el tema que aborda la investigadora Ignacia Mewes en su capítulo “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”. En él se identifican y analizan los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su empleo genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Al respecto, el capítulo destaca la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, ratificar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano, y dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia.

Una de las áreas más relevantes de la labor del Centro de Derecho Humanos de la UDP, manifestada en la existencia de una Clínica de Migrantes y Refugiados y en capítulos de *Informes* anteriores, es la realidad de migrantes y refugiados en Chile. En este año, el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” fue elaborado por los investigadores Patricio Rojas y Víctor Hugo Lagos, los que realizan un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos producto de una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, alternativas para la efectiva protección de estos derechos y, por otra parte, realizando un análisis acerca de la efectividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en el país desde 2010. Se concluye, en base al tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado, que Chile necesita un cambio legislativo en la materia para responder al fenómeno migratorio actual. Chile

carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche que no han tenido una debida aplicación en los casos que lo ameriten. En materia de refugio, si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance en lo relativo a la temática y en general de la legislación relativa a los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país, su aplicación, al menos hasta el 2013, no fue satisfactoria respecto a los estándares de derechos humanos, lo que provoca que Chile vulnere los instrumentos internacionales ratificados. En base a lo anterior, se recomienda que el Estado de Chile lleve a cabo un nuevo marco regulatorio en materia de migración, el que en su discusión y aprobación debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados; en materia de protección de refugiados, es necesario que elimine las prácticas arbitrarias que limitan el ejercicio pleno del derecho al asilo. Por último, se recomienda corregir las prácticas discriminatorias en frontera por parte de la PDI, en particular mejorando el monitoreo y la capacitación de los funcionarios.

En el *Informe 2013* se abordó una temática novedosa, al menos en Chile, en materia de derechos humanos: la salud mental como derecho humano. Este año, profundizando esta línea, las investigadoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en su capítulo titulado “Derecho a la salud mental: La infancia olvidada”, estudian cómo el Estado cumple sus obligaciones en esta materia particular. Para ello, el capítulo examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes (NNA) chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos y las posibilidades de acceso a la promoción y a la atención en salud mental. Se concluye que los resultados son dramáticos y se constata la presencia de importantes inequidades sociales, que, mediante procesos de discriminación, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando con ello los derechos de NNA. De esta forma, se afirma, el Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. A fin de remediar lo anterior, se recomienda, entre otras cosas, destinar más recursos para la prevención, promoción y atención en salud mental infanto juvenil de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio; elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore dentro de su normativa la salud mental de NNA; y elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil que establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos y reclamables los derechos de NNA.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son también materia de preocupación del capítulo de las investigadoras Camila de la Maza

y María Paz Riveros, titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Su estudio se enfoca en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil, a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema, preguntándose si estos han dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído. Se focaliza también en la situación de aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias. De este estudio se concluye que el Estado actúa aún a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y sus prácticas a la protección integral de derechos; que no existe intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, habiendo una carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, lo que se manifiesta, entre otras cosas, en que el Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. Y, en materia de residencias, se concluye que aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, están en una situación de grave vulneración de derechos. La constatación de estas realidades fundamenta que se recomiende dictar una ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores; fortalecer institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto para que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA. Y en cuanto al sistema residencial, se señala que es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional, y en consecuencia se apliquen causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinando plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos.

Otro aspecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aborda el presente *Informe* es la cuestión de cómo el sistema educativo integra la realidad de los estudiantes con discapacidad. Las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, analizan aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar, en los niveles de educación básica y media. El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos

importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación y por la presencia de instrumentos legales que no se ajustan a su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. Se afirma que la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para NNA con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Para ajustar esta realidad a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda, entre otras cosas, alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD. La Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos. También aparece como necesario instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. En este año, los investigadores Juan José Álvarez y Tomás Vial, en el capítulo “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, abordan cómo el Estado asegura el igual ejercicio de la parentalidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida, de hombres y mujeres gay, lesbianas y trans. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega ese derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una infracción a los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional. Para remediar esta situación, se recomienda establecer, tanto en el proyecto de Acuerdo de Vida Pareja como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos; la dictación de una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo; y modificar la ley de adopciones en el sentido expreso

de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2014* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y a todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece en particular a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir y en ayudarnos a transmitir mejor nuestro análisis, y la generosa colaboración de los ayudantes Sebastián Latorre e Israel Meliqueo en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*, así como a la misma Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

LA HUELGA, UN DERECHO FUNDAMENTAL¹

¹ Capítulo elaborado por Karla Varas Marchant y César Toledo Corsi, con la colaboración de los ayudantes Macarena Alvarado, Gabriela Cisterna Orellana, Nicolás Escobar, Fernando Gibson, María Ignacia Macari y Adrián Vergara.

SÍNTESIS

A 24 años del retorno a la democracia, los sucesivos gobiernos de la Concertación y la actual Nueva Mayoría, han mantenido el sistema de relaciones colectivas del trabajo diseñado por la dictadura bajo el conocido “Plan Laboral”.

Las reformas legislativas desplegadas en los últimos 24 años solo han sido simples retoques o ajustes al modelo imperante, dejando intactas sus bases esenciales: sindicalismo minimalista, negociación colectiva radicada en la empresa, un derecho de huelga reducido a su más mínima expresión, ausencia del conflicto colectivo; en definitiva, un modelo restrictivo de la autonomía colectiva, donde el sindicato cumple meros fines gremiales, viendo reducido su accionar al nivel de la empresa a fin de garantizar que las remuneraciones sean fijadas de acuerdo a la productividad de los trabajadores, con un derecho de huelga ineficaz y en la mayoría de los casos inexistente.

En materia de derecho de huelga, el panorama es desolador. No solo existe una deuda en materia legislativa, sino además en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por el empleador tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: invisibilizar el conflicto laboral de fondo a cambio de mostrar la “sangre”, resaltando situaciones puntuales de violencia física.

El presente capítulo pretende abordar este triple incumplimiento en materia de derecho de huelga: legal, institucional y comunicacional, dando cuenta de la gran deuda que tiene el Estado chileno con sus trabajadores, es decir, con la gran mayoría de la población.

PALABRAS CLAVES: Huelga, Conflicto laboral, Reemplazo ilegal, Prácticas antisindicales.

INTRODUCCIÓN

En el *Informe anual de derechos humanos* de 2008 sostuvimos que el derecho de huelga juega un rol esencial para los efectos de mejorar la distribución de ingresos existente en el país. Advertimos la importancia que cumple este derecho para la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores y, en definitiva, para alcanzar mejores condiciones de trabajo y de remuneración.

Ahora queremos reafirmar la importancia del derecho de huelga en nuestro sistema de relaciones laborales, bajo el convencimiento que constituye el pilar esencial para que los trabajadores puedan construir un efectivo contrapeso al poder que ejerce el empleador al interior de la relación laboral y de ese modo limitar y reducir los efectos que se derivan de su ejercicio.

En el ámbito internacional, el rol y la centralidad del derecho de huelga en el sistema de relaciones laborales están ampliamente reconocidos, situación de la que nuestro país está muy lejos, ya que, como veremos en el transcurso del presente informe, la regulación restrictiva y obstaculizadora del derecho de huelga que consagra el Código del Trabajo vulnera de manera reiterada y sistemática los estándares internacionales que han fijado los órganos de control de la libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Y esas vulneraciones no solo se limitan al ámbito legal, sino que repercuten en la institucionalidad laboral y en el discurso público de los medios de comunicación social.

1. LA HUELGA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

El reconocimiento del derecho de huelga en los tratados internacionales adopta dos formas: el reconocimiento explícito, cuyo referente lo constituye el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales (artículo 8 letra d.)² y el reconocimiento implícito, que se advierte, entre otros, en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT)³ sobre libertad sindical, a partir de la interpretación que de ellos formulan sus diversos órganos de control de la libertad sindical, para los cuales el reconocimiento del derecho de libertad sindical (o derecho de sindicación) supone el ejercicio del derecho de huelga. Así, para el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) del Consejo de Administración de la OIT,⁴ “el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales”,⁵ constituyéndose en un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”.⁶ A su vez, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) ha señalado:⁷ “Si bien el derecho de huelga no figura expresamente en la Constitución de la OIT, ni en la Declaración de Filadelfia, y tampoco está específicamente reconocido en los Convenios núms. 87 y 98, parece darse por sentado en el informe elaborado para la primera discusión del Convenio núm. 87, varias resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo, de conferencias regionales o de comisiones sectoriales ponen de manifiesto el derecho de huelga o las medidas adoptadas para garantizar su ejercicio”.⁸

El principio básico en materia de huelga fue fijado por el CLS en su segunda reunión de 1952, y postula que el derecho de huelga “es uno de los medios legítimos fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”, de lo cual se deriva su universalidad y, por ende, la adopción de un criterio restrictivo a la hora de delimitar las categorías de trabajadores que puedan ser privadas de este derecho y las limitaciones legales a su ejercicio, su finalidad múltiple y su inmunidad cuando es ejercido correctamente.⁹

2 Asimismo, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, adoptada por la novena Conferencia Interamericana en 1948, en su art. 27, reconoce explícitamente que los trabajadores gozan del derecho de huelga.

3 La OIT es un organismo especializado de las Naciones Unidas, creado en 1919, cuyo objetivo es la promoción de la justicia social y el reconocimiento de las normas fundamentales del trabajo.

4 El CLS es el órgano encargado de examinar las quejas sobre violaciones de la libertad sindical presentadas por las organizaciones de trabajadores o empleadores en contra de alguno de los Estados miembros de la OIT.

5 OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed. (revisada), Ginebra, 2006, párr. 522, p. 115.

6 *Ibid.*, párr. 523, p. 115.

7 La CEACR es el órgano encargado de evaluar el estado de aplicación de las normas internacionales del trabajo en cada uno de los Estados miembros de la OIT.

8 CEACR, *Libertad sindical y negociación colectiva, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones N° III (parte 4B)*. Conferencia Internacional del Trabajo, 81ª reunión CIT, 1994, pp. 66-67.

9 Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido, *Principios de la OIT sobre el derecho de*

Más allá de las restricciones que los convenios de la OIT autorizan imponer a los Estados miembros en lo que a libertad sindical se refiere (respecto a fuerzas armadas y policía), las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga se concentran en: a) los “servicios esenciales”, esto es, aquellos ámbitos de actividad en los cuales el derecho de huelga debe conciliarse con la vigencia de otros bienes jurídicos de la mayor relevancia: la vida, la seguridad personal o la salud de la totalidad o parte de la población; y b) los “servicios mínimos de funcionamiento”, que se verifica cuando se está en presencia de servicios no esenciales donde, a juicio de los órganos de control de la OIT, no se puede prohibir la huelga pero sí imponerse tal servicio mínimo de funcionamiento.¹⁰

Respecto de los servicios esenciales, y sin perjuicio que se trata de un concepto que en su sentido estricto ha sido objeto de sucesivas precisiones por parte de los órganos de control de la OIT y que no se trata de enumeraciones taxativas, se han considerado como tales al 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, y el control de tráfico aéreo, entre otros.¹¹

Por otra parte, se ha sostenido que el establecimiento de servicios mínimos de funcionamiento en caso de huelga solo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población (servicios esenciales en el sentido estricto del término); 2) aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro, y 3) servicios públicos de importancia trascendentales.¹²

Fuera de estas limitaciones, la OIT recoge una concepción amplia del derecho de huelga, que se manifiesta en:

- a. El reconocimiento del derecho de huelga como un derecho de finalidad múltiple, lo que se deriva de los objetivos que le han sido reconocidos: la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. Así, el derecho de huelga se puede ejercer para reivindicar intereses de índole laboral (mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores), de naturaleza sindical (relacionados con los derechos de las organizaciones sindicales y sus

huelga, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2000, p. 11.

¹⁰ *Id.*

¹¹ OIT, *La libertad sindical*, op. cit., párr. 585, p. 126.

¹² *Ibid.*, párr. 606, p. 131.

dirigentes) y políticos.¹³ Incluso, la OIT ha reconocido que la huelga puede ser ejercida en apoyo de reivindicaciones de derechos de terceros, garantizando con ello la legitimidad de las huelgas de solidaridad, es decir, aquellas que se insertan en otra emprendida por otros trabajadores.¹⁴

En lo que respecta al caso chileno, es importante precisar, que tanto el CLS como la CEACR, “han rechazado la tesis de que el derecho de huelga debería limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo”.¹⁵ En otras palabras, la huelga puede ser ejercida más allá de la negociación colectiva, reglada o no reglada.¹⁶

- b. La aceptación de diversas modalidades de ejercicio del derecho de huelga, sin reducirlo, como ocurre en nuestro país, a la abstención colectiva del trabajo.

El principio básico en esta materia es el de admitir diversas modalidades bajo las cuales se puede ejercer el derecho de huelga, siempre que se realicen en un contexto pacífico.

De esta manera, el CLS ha considerado legítimas las ocupaciones de centro de trabajo, los piquetes de huelga, la paralización intempestiva, la huelga de celo o trabajo a reglamento, la huelga de brazos caídos y trabajo a ritmo lento, entre otras, considerando justificadas las limitaciones a tales modalidades solo cuando la huelga dejase de ser pacífica.¹⁷

- c. La exigencia de que los procedimientos legales que se establezcan para declarar una huelga sean razonables, sencillos y rápidos, para así evitar que se transformen en obstáculos al efectivo ejercicio del derecho de huelga.¹⁸

13 El CLS, reconociendo lo difícil que es efectuar una distinción clara entre lo político y lo sindical, ha sostenido: “Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida”. *Ibid.*, párr. 527, p. 116. En el mismo sentido, ha señalado que, si bien las huelgas de naturaleza puramente políticas no están cubiertas por los principios de la libertad sindical, “los sindicatos deberían poder organizar huelgas de protesta, en particular para ejercer una crítica contra la política económica y social del gobierno”. *Ibid.*, párr. 529, p. 117. Respecto a las huelgas políticas, el CLS, además, les ha conferido legitimidad, cuando revisten el carácter de generales. *Ibid.*, párrs. 534 y 544, p. 119.

14 Al respecto, el CLS ha indicado que, “una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen”. *Ibid.*, párr. 534, p. 118.

15 Gernigon, Otero y Guido, *op. cit.*, p. 13.

16 El CLS ha sostenido: “El derecho de huelga no debiera limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo determinado: los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar, en caso necesario en un ámbito más amplio, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros”. OIT, *La libertad sindical*, *op. cit.*, párr. 531, p. 117.

17 *Ibid.*, párrs. 545, p. 119.

18 *Ibid.*, párrs. 547 y 548, p. 120.

- d. La admisibilidad del recurso al arbitraje obligatorio solo cuando ha sido solicitado por las dos partes implicadas en el conflicto o en aquellos casos en los cuales la huelga pueda ser limitada, esto es, en los casos de conflictos en la Administración Pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población.¹⁹
- e. El reconocimiento del derecho de huelga en la función pública, admitiéndose la posibilidad de limitación o restricción solo respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de policía, y en el caso de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o cuando la interrupción de los servicios que prestan pongan en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población.²⁰
- f. La existencia de un criterio restrictivo para los efectos de prohibir la huelga, siendo el principio determinante la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.²¹
- g. Siguiendo el contexto anterior, la configuración de una concepción estricta del término servicios esenciales, esto es, aquellos cuya interrupción pueden poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.²²
- h. La posibilidad de exigir un servicio mínimo de funcionamiento solo en caso de huelga en servicios de utilidad pública o en los servicios públicos de importancia trascendental, debiendo participar en la determinación de este servicio mínimo tanto los empleadores como las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.²³
- i. En los casos donde se admite la prohibición o limitación del derecho de huelga –función pública y servicios esenciales–, deben establecerse medidas compensatorias a favor de los trabajadores que les garanticen una protección adecuada de sus intereses, como, por ejemplo, el establecimiento de procedimientos de conciliación y arbitraje imparciales y rápidos, donde los interesados puedan participar en todas sus etapas.²⁴

¹⁹ *Ibíd.*, párrs. 564 y 565, p. 122.

²⁰ *Ibíd.*, párrs. 574, 575, 576 y 577, p. 124.

²¹ *Ibíd.*, párr. 581, p. 125.

²² *Ibíd.*, párr. 583, p. 126.

²³ Gernigon, Otero y Guido, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ OIT, *La libertad sindical*, *op. cit.*, párrs. 595 y 596, p. 129.

- j. La prohibición del reemplazo de trabajadores en huelga, por constituir una grave violación de la libertad sindical.²⁵
- k. El reconocimiento del principio de que nadie puede ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima.²⁶
- l. En base a lo anterior, el reconocimiento de que los despidos de trabajadores a raíz de una huelga legítima constituyen una discriminación grave en materia de empleo por el ejercicio de una actividad sindical lícita, contraria al Convenio 98.²⁷

2. LA NORMATIVA INTERNA EN RELACIÓN AL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

2.1. Panorama general

Las fuentes normativas nacionales no reconocen explícitamente el derecho de huelga y el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del carácter implícito del derecho de huelga en el derecho de sindicación que la Constitución reconoce en el artículo 19 N°19.

Marcando un acento en sentido contrario a la Constitución chilena de 1925 que, luego de la reforma de 1971, reconoció explícitamente el derecho de huelga, la actual Constitución mantiene en esta materia el texto aprobado en dictadura en el cual la huelga es referida únicamente desde una óptica negativa, limitándose a explicitar los casos en que se encuentra prohibida, precisamente en el numeral 16 del artículo 19, que reconoce, aunque con limitaciones, el derecho a negociar colectivamente. La prohibición afecta a los funcionarios del Estado, de las municipalidades y a quienes trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.

A partir del modo como se encuentra redactada la parte final del artículo 19 N°16 de la Constitución, la doctrina constitucional ha manifestado que implícitamente se reconoce el derecho de huelga respecto de quienes no se encuentran alcanzados por la prohibición explícita;²⁸ se sostiene que se trata de una regulación indirecta, planteada en términos negativos y en la cual se subrayan las hipótesis de prohibición.²⁹ Desde

²⁵ *Ibid.*, párrs. 632 y 633, p. 136.

²⁶ *Ibid.*, párr. 660, p. 141.

²⁷ *Ibid.*, párrs. 661, 662 y 663, p. 141.

²⁸ Guido Macchiavello Contreras, *Derecho colectivo del trabajo. Teoría y análisis de sus normas*, Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 443.

²⁹ Pedro Irueta Uriarte, *Constitución y orden público laboral. Un análisis del art. 19 N°16 de la Constitución chilena*, Colección de Investigaciones Jurídicas, 9, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 185.

la vereda del constitucionalismo, también se ha sostenido el reconocimiento del derecho de huelga en la Constitución.³⁰

Por su parte, la ley, a distancia de esta última lectura, se refiere a la huelga como una etapa final, pero eventual, de un tipo específico de negociación colectiva (la de carácter reglado), antes que como un derecho de los trabajadores. Esta regulación es heredera de la contenida en el DL 2.758 de 1979, inserta en el denominado Plan Laboral, normativa que pretendió regular la huelga de acuerdo al libre mercado, esto es, reconociéndole al empleador el derecho a actuar, durante la huelga, con la plenitud de sus facultades, incluido el derecho a contratar rompehuelgas. El matiz de diferencia se encuentra en que, a partir de la reforma introducida por la Ley 19.069 de 1991, se encareció la contratación de rompehuelgas desde el primer día de la huelga por medio de la exigencia de una oferta mínima (piso del instrumento colectivo vigente más reajustabilidad en base a IPC), más el ofrecimiento de 4 UF por cada trabajador reemplazante utilizado. Diez años más tarde, se precisó que este aumento del costo estaba asociado a que no se cumpliera con los requisitos legales al reemplazo de los huelguistas (artículo 381) y no simplemente a la contratación de trabajadores durante la huelga, modificación a la que, con el tiempo, la jurisprudencia predominante de los tribunales ha restado valor.

De esta manera, la ley, en vez de reconocer de modo efectivo el derecho de huelga, lo restringe y acota sus efectos según el grado de cumplimiento de ciertos requisitos. Y lo hace, paradójicamente, no desde la óptica de sus titulares y buscando que produzca sus efectos, sino desde el derecho del empleador a inhibir los mismos. Nuestro modelo no contempla una concepción amplia o abierta de la huelga ni deja en poder de la autonomía sindical su desarrollo. Asimismo, impone numerosas limitaciones al ejercicio de la huelga; entre estas, la determinación por la ley del momento en que debe votarse, la mayoría con la cual debe aprobarse y el momento en que debe materializarse. A esto se suma la prohibición implícita de ejercer la huelga a todos aquellos trabajadores a quienes la ley les niega el derecho a negociar colectivamente bajo la modalidad reglada.

30 José Luis Cea Egaña, "Dignidad, derechos y garantías en el régimen constitucional chileno", presentación y estudio introductorio en Carlos Peña González, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Colección Estudios, 5, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, p. 38.

2.2. Situaciones de violación a los estándares internacionales en materia de huelga

2.2.1. Normativa del sector privado

2.2.1.1. La excesiva regulación y procedimentalización del derecho de huelga

El *Informe* 2008 graficaba de manera clara la excesiva reglamentación del derecho de huelga contenida en el Código del Trabajo, afirmando correctamente que nuestro país sigue un modelo intervencionista de las relaciones de trabajo, para así controlar el ejercicio de la libertad sindical y la huelga.³¹

Ahora bien, la excesiva reglamentación del derecho de huelga, los obstáculos que se han impuesto para hacerla efectiva y las consecuencias previstas por el legislador cuando se incumple alguno de sus requisitos, constituyen un claro atentado a la libertad sindical, que ha sido fuertemente cuestionado por la CEACR, según analizaremos a continuación:

- a. En cuanto al quórum de aprobación de la huelga, la CEACR ha solicitado de modo reiterado al gobierno chileno que modifique los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que establecen que la huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa, lo que a la fecha no se ha verificado.³²

Ya en el *Informe* de 2003, la CEACR recordó al gobierno que las disposiciones legislativas que exijan que las acciones de huelga sean votadas por los trabajadores, solo deben tomar en consideración los votos emitidos y que el quórum necesario debe fijarse a un nivel razonable, ante lo cual solicitó, sin respuesta, que se tomaran las medidas necesarias para modificar los artículos señalados.³³

- b. En cuanto a la oportunidad para hacer efectiva la huelga, la CEACR ha solicitado al gobierno modificar el artículo 374 del Código del Trabajo que establece que, una vez que se dispuso recurrir a la huelga, esta debe hacerse efectiva dentro de los tres días siguientes, entendiéndose que si no se hace efectiva en dicha oportunidad los trabajadores desisten de la huelga y aceptan la última oferta del empleador.³⁴ A su vez, ha estimado que: “1) el hecho de no hacer

31 Las reglas de procedimiento que considera nuestra legislación están relacionadas con la oportunidad para votar la huelga, los requisitos de votación, el momento para hacer efectiva la huelga, los buenos oficios de la Inspección del Trabajo, y los efectos que conlleva el incumplimiento de tales requisitos. José Luis Ugarte Cataldo, “La huelga como derecho fundamental”, Informe 2008, pp. 145-147.

32 Observaciones formulados por la CEACR. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), 101ª reunión CIT, 2012.

33 CEACR, Solicitud directa, 2003; 92ª reunión CIT, 2004. La misma observación fue formulada en los informes de 2001 y 2002.

34 Observaciones formulados por la CEACR. 101ª reunión CIT, (2012) op. cit.

efectiva la huelga dentro de los tres días de acordada no debiera significar la aceptación de la propuesta del empleador por parte de los trabajadores, 2) la aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o sus representantes, 3) los trabajadores no deberían perder su derecho a recurrir a la huelga por no hacerlo efectivo dentro de los tres días de declarada la misma”.

- c. Respecto de la presunción de entender que se acepta la última oferta del empleador, la CEACR ha cuestionado el establecimiento de una presunción tácita de la voluntad colectiva de los trabajadores de entender que, ante el incumplimiento de alguno de los requisitos previstos para el ejercicio del derecho de huelga, aceptan la última oferta del empleador, señalando que: “desde el punto de vista de la Comisión, dicha aceptación debe ser realizada de manera expresa por los trabajadores o por los representantes involucrados en la negociación”.³⁵

2.2.1.2. Al sindicato no se le reconoce titularidad exclusiva del derecho de huelga

El sindicato no tiene el papel central en la negociación colectiva. Se coloca en un plano de igualdad a los llamados grupos negociadores, sin importar que en el ámbito de negociación respectiva pudiere existir un sindicato, con lo cual se genera un escenario propicio para que los empleadores fueren la constitución de tales grupos (cuya sobrevivencia no excederá a la misma negociación) y con ello desincentiven la afiliación sindical.

El legislador no atribuye al sindicato la titularidad del ejercicio del derecho de huelga, dejando a este como un derecho individual que requiere, al menos al inicio, un ejercicio colectivo del mismo. A su vez, el derecho a reintegro a sus labores por parte de los trabajadores en huelga también es concebido por la ley como un derecho individual, al punto que la jurisprudencia ha rechazado limitaciones a este derecho impuestas por la voluntad colectiva del sindicato votada en asamblea.³⁶

Estimamos que la titularidad del derecho de huelga debiese encontrarse radicado exclusivamente en las organizaciones sindicales, toda vez que estas tienen como finalidad la protección permanente de los derechos e intereses de los trabajadores, velando por el mejoramiento constante de las condiciones de trabajo y remuneración, para lo cual el ejercicio del derecho de huelga es indispensable.

³⁵ Comentarios formulados por la CEACR. 73ª reunión CIT, 2002. Posteriormente la CEACR ha requerido al Estado chileno que modifique, entre otros, los arts. 373 y 374 del Código del Trabajo.

³⁶ Así, sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo de Antofagasta, *Compañía Minera Spence S.A. contra Sindicato de Trabajadores de Empresa Minera Spence S.A.*, 6 de marzo de 2010.

2.2.1.3. Límites en cuanto a los participantes de una huelga

Una vez que se hace efectivo el derecho de huelga, en ella solo pueden participar los trabajadores involucrados en el proceso de negociación colectiva reglada, excluyéndose a aquellos que pertenecen a un sindicato distinto del que la ha declarado o a cualquier trabajador de la empresa que quiera adherir a la misma.

En consecuencia, en nuestro sistema jurídico no tienen cabida las huelgas de solidaridad, esto es, aquellas que se insertan en otras emprendidas por trabajadores distintos, es decir, que no tienen una repercusión directa en los que las declaran.³⁷

Al respecto, la CEACR, advirtiendo que de los artículos 370 y 371 del Código del Trabajo se desprende que el derecho de huelga solo puede ser ejercido ante el fracaso del procedimiento de negociación colectiva y solo a nivel de empresa, previene al Estado chileno que “los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal (...), solicitándole que indique si se permite la realización de acciones más allá de las contempladas en el marco de los conflictos colectivos a nivel de empresa, tales como huelgas a nivel nacional, interempresa, por motivos socioeconómicos o de solidaridad, sin que ello acarree sanciones para los que la realizan”.³⁸

En la actualidad, esta variante del derecho de huelga cobra gran relevancia, principalmente por el aumento del trabajo en régimen de subcontratación y la tendencia a la concentración de las empresas, lo que en materia sindical se traduce en la fragmentación de las organizaciones sindicales, toda vez que no existe la negociación ramal o interempresa y, en consecuencia, en muchas ocasiones, para que la huelga declarada por alguna de esas organizaciones sindicales tenga efecto, resulta indispensable que los demás sindicatos del grupo de empresas o de las empresas contratistas solidaricen con la misma.

2.2.1.4. Limitaciones respecto a la finalidad del derecho de huelga

Nuestro modelo normativo recoge una concepción restrictiva del derecho de huelga, toda vez que se reconoce como única finalidad de la huelga la negociación de un contrato colectivo de trabajo, el instrumento por el cual se fijan las condiciones comunes de trabajo y de remuneración. Las huelgas que persigan otros objetivos, como presionar ante despidos masivos o infracciones a la normativa laboral, denunciar los incumplimientos de los instrumentos colectivos de trabajo o la existencia de prácticas antisindicales, entre otras, son “ilegales” o, en nuestro concepto, más bien atípicas, toda vez que no se encuentran expresamente reconocidas por el legislador laboral.

³⁷ Gernigon, Odero y Guido, op. cit., p. 16.

³⁸ Comentarios formulados por la CEACR. 73ª reunión CIT, op. cit.

La OIT ha rechazado esta concepción restrictiva, señalando que la huelga no debe limitarse a los conflictos de trabajo susceptibles de finalizar en un convenio colectivo. Se constata un nuevo incumplimiento de los estándares impuestos por la referida organización internacional, que incluso admite la legitimidad de las huelgas políticas.

2.2.1.5. Limitaciones en cuanto a la modalidad del derecho de huelga

De la regulación del Libro IV del Código del Trabajo se deduce, a falta de una definición de huelga, que no se reconoce más que un modo de verificación de esta, cual es la abstención colectiva del trabajo por parte de todos los trabajadores que participan del proceso de negociación colectiva reglado en que recae, y de forma indefinida hasta que las partes logren acuerdo en torno a las condiciones comunes de trabajo y remuneración que las regirán por un determinado período de tiempo.

Radicalmente distintos a nuestro modelo son aquellos sistemas que recogen una noción amplia del derecho de huelga, donde su ejercicio no solo involucra una interrupción total e indefinida de labores, sino que, en general, cualquier tipo de perturbación del proceso productivo.

Dentro de esta noción amplia del derecho de huelga, son admisibles diversas modalidades de la misma, tales como huelgas de solidaridad o de simpatía, huelgas de advertencia, huelgas de trabajo lento, a desgano, a reglamento, tortuguismo, huelgas rotativas, bloqueos de la empresa, ocupación del centros de trabajo y piqueteo, entre otras.

El principio general sustentado por la OIT en esta materia es que las modalidades que puede revestir la huelga no se limitan a la típica interrupción de labores, aceptándose otras como la ocupación del centro de trabajo, trabajo a ritmo lento y huelgas de celo, entre otras, siempre que revistan carácter pacífico.³⁹

En esto nuestro derecho interno también se aleja de la doctrina de los órganos centrales de la OIT, vulnerando abiertamente el principio de libertad sindical. Es de esperar que en un futuro próximo se efectúen las modificaciones legales necesarias para subsanar estas deficiencias o que los órganos llamados a resolver los conflictos –Dirección del Trabajo (en adelante, DT) y Tribunales de Justicia– interpreten la normativa a la luz de los tratados internacionales ratificados por Chile.

Pese al restrictivo marco legal expuesto, en base a la estrategia y plan de acción que adopten las organizaciones sindicales, declarada la huelga, los trabajadores involucrados en ella no solo se pueden abstener de concurrir a su trabajo, sino que además pueden realizar una serie de actos para manifestar a la empresa y comunidad su descontento ante

³⁹ Gernigon, Otero y Guido, op. cit., p. 12.

las políticas de recursos humanos existentes, entre otras materias. Así, podrán desplegar lienzos y carteles donde expongan sus demandas y molestias, realizar actos públicos y marchas, entre otras acciones, siempre que se enmarquen en un contexto pacífico.⁴⁰

2.2.1.6. La pérdida de eficacia de la huelga: El reemplazo de huelguistas

Otra fuerte restricción en nuestro modelo normativo al ejercicio de este derecho es la institución del reemplazo de trabajadores en huelga.

Si bien el artículo 381 del Código del Trabajo establece que la regla general es la prohibición del reemplazo de los trabajadores en huelga, la situación de excepción que contempla la misma norma legal es de tal amplitud que, en los hechos, hace posible que el reemplazo se convierta en una práctica habitual. Además, de todos modos –se cumplan o no tales requisitos– el legislador permite el reemplazo a partir del décimo quinto día de hecha efectiva la huelga, siempre que se pague un bono de 4 UF por cada trabajador reemplazante de los huelguistas.

Ahora bien, los requisitos para que el empleador pueda proceder al reemplazo de trabajadores en huelga a partir del día uno son los siguientes:

- a) Que la última oferta del empleador sea formulada con los requisitos y anticipación indicados en el inciso 3° del artículo 372 del Código del Trabajo;
- b) Que la última oferta contenga idénticas estipulaciones que las contenidas en el contrato, convenio o fallo arbitral vigente, reajustadas en el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas o el que haga sus veces, habido en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de vigencia del respectivo instrumento;
- c) Que la última oferta contemple una reajustabilidad mínima anual según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses;
- d) Que la última oferta ofrezca el pago de un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante.
- e) En caso que no exista un instrumento colectivo vigente, la última oferta debe ofrecer, a lo menos, una reajustabilidad mínima anual, según la variación del Índice de Precios al Consumidor para el período del contrato, excluidos los últimos doce meses.

⁴⁰ La Constitución Política garantiza a todas las personas el derecho de libertad de expresión (art. 19 N° 12) y el derecho de reunión (art. 19 N° 13).

Estas exigencias, que suponen a grosso modo garantizar a los trabajadores partícipes de la negociación colectiva un piso de beneficios (los vigentes, más reajustabilidad de los mismos y del futuro instrumento, con excepción de los últimos 12 meses de su vigencia), más el ofrecimiento de 4 UF por reemplazante, constituyen la moneda de cambio ante la precariedad con que se reconoce el derecho de huelga. Resulta tan evidente que este derecho, en la forma que adopta en la ley chilena, no supone un contrapoder efectivo y es totalmente inútil para condicionar una mejora efectiva de las condiciones laborales de los trabajadores, que se optó por una fórmula que permite a estos, aun frente a la peor negociación, “exhibir algo (aparentemente) ganado”.

Esta filosofía del sistema de negociación colectiva que nos rige fue explicitada por el mentor del Plan Laboral de un modo que no deja lugar a dudas:

Lo importante es que el empleador no puede ofrecerle menos de lo que tiene con el mecanismo que ideamos, que está astutamente conectado con esto, ya que un empleador podría decirle a las personas: “Usted gana 100; yo le ofrezco 80 y si no, vaya a la huelga”. Y empieza esa huelga dura. Por un elemento de justicia deseamos evitar eso. Para conciliar este hecho de la huelga, que no nos gusta pero al que le hemos buscado una salida, le ponemos un mínimo cosa de que la discusión ya se centre en un aumento, pero hacemos que ese aumento sí sea difícil de obtener, a menos que la persona valga, en cuyo caso el empleador se lo va a pagar. (...) Por eso quise señalar esto, porque esto es absolutamente unido a la huelga que hay. O sea esto va con la huelga, esto la matiza, la hace aceptable en términos de justicia, en términos políticos, de presentación internacional y en términos de todo lo que viene después; es decir, diría que son las dos cosas bastante originales en términos de la legislación tradicional chilena, pero que consideramos mucho más justo y mucho más sano para todo el esquema económico.⁴¹

La sola posibilidad de reemplazar a los trabajadores huelguistas merma la eficacia y sentido del derecho de huelga, ya que con ello no se cumple con la finalidad de paralizar el proceso de producción de la empresa e interrumpir su normalidad, y, por ende, no se genera ningún “daño” al patrimonio del empleador a fin de presionarlo para acceder a las reivindicaciones de los trabajadores. Ello, ya está dicho,

⁴¹ Sesión de la Junta Militar de Gobierno del 25 de junio de 1979 contenida en Acta 372-A, disponible en: historiapolitica.bcn.cl.

forma parte de las “originalidades” del sistema chileno de negociación colectiva.

Aunque parezca increíble, la forma como se ha interpretado la norma legal que permite el reemplazo de huelguistas en los últimos años ha profundizado el afán de favorecer la inutilidad de la huelga. En efecto, resulta una doctrina casi uniforme de nuestro tribunal supremo que la prohibición de reemplazo de trabajadores en huelga solo dice relación con la contratación de nuevos trabajadores, no así con la posibilidad de que trabajadores dependientes de la empresa o ajenos a la misma ejecuten las funciones de los huelguistas. Esto facilita la burla de la propia norma al permitir la contratación de rompehuelgas, con total independencia del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 381 del Código del Trabajo, en la medida que se tome la precaución de hacerlo previo a la declaración de huelga, cuestión fácil en un sistema en que la fecha de la huelga se sabe con anticipación.

Si bien la doctrina vigente de la DT es totalmente opuesta al criterio recién aludido de la Corte Suprema, al disponer que, para todos los efectos legales, constituye reemplazo de trabajadores en huelga cualquier modalidad que signifique que trabajadores dependientes de la empresa o ajenos a la misma desarrollen las funciones del personal que se encuentre en huelga,⁴² sus instrucciones vigentes desde 2011 han terminado por favorecer la ineficacia de las huelgas materializadas, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

2.2.1.7. Legalidad de las sanciones

Como hemos señalado, nuestro derecho interno es particularmente hostil y desconfiado en torno al ejercicio del derecho de huelga: solamente puede ser ejercido por los trabajadores del sector privado en el marco de una negociación colectiva reglada, estando prohibido para los trabajadores del sector público.

La intensidad de esta hostilidad se ve reflejada en la Ley de Seguridad Interior del Estado, la que, en su artículo 11, sanciona penalmente a los responsables de “toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, producidos sin sujeción a las leyes y que produzcan alteraciones del orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales, imponiéndoles las penas de presidio o relegación menores en sus grados mínimo a medio”.

Claramente, esta normativa se encuentra en la vereda opuesta del estándar impuesto por las normas internacionales del trabajo y las in-

⁴² Dictamen de la Dirección del Trabajo 1197/0061 del 11 de abril de 2002.

interpretaciones que de estas últimas realizan los órganos pertinentes. Así, en cuanto a la imposición de medidas disciplinarias, el principio central establecido por el CLS es que “nadie puede ser objeto de sanciones por realizar o intentar realizar una huelga legítima”.

Respecto de las penas privativas de libertad, el CLS ha sentado el criterio de que nadie puede ser objeto de sanciones penales por el mero hecho de organizar o haber participado en una huelga pacífica, ya que tales medidas implicarían graves riesgos de abusos y una fuerte amenaza a la libertad sindical.

En razón de lo anterior, la CEACR ha representado de forma reiterada al gobierno chileno que se vulnera abiertamente el derecho de libertad sindical, por lo cual le solicita de modo expreso que “derogue el artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado”.⁴³

Asimismo, la CEACR ha observado que las sanciones por acciones de huelga solo debieran ser posibles en los casos en que las prohibiciones de que se trate estén acordes con los principios de libertad sindical, por lo cual pide al gobierno que tome medidas para que “la legislación permita la prohibición o restricción del derecho de huelga solamente en caso de servicios esenciales o de los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o de crisis nacional aguda. (...) Finalmente la Comisión pide al gobierno que tome las medidas para que el artículo 254 del Código Penal sea modificado en lo que respecta a las sanciones por el ejercicio del derecho de huelga”.⁴⁴

En el mismo sentido, la CEACR observó que “únicamente debería ser posible imponer sanciones por acciones de huelga en los casos en los que las prohibiciones de que se trate estén de acuerdo con los principios de la libertad sindical. Ahora bien, incluso en tales casos, tanto la judicialización excesiva de las cuestiones relacionadas con las relaciones laborales como la aplicación de graves sanciones por acciones de huelga pueden provocar más problemas que los que resuelven. La imposición de sanciones penales desproporcionadas no favorece en modo alguno el desarrollo de relaciones laborales armoniosas y estables y, si se imponen penas de prisión, las mismas deberían justificarse en virtud de la gravedad de las infracciones cometidas y estar sometidas a un control judicial regular.”⁴⁵ En consecuencia, la Comisión pide al gobierno que tome las medidas necesarias para que dicha disposición sea derogada a fin de poner la legislación en conformidad con las disposiciones del Convenio y

⁴³ Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 80ª reunión CIT, 2009.

⁴⁴ Observaciones de la CEACR. Solicitud Directa. Adopción: 2002. Publicación: 91ª reunión CIT, 2003. Idéntica observación ha formulado la CEACR en 2011. El art. 254 del Código Penal prevé sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos.

⁴⁵ Al respecto véase: OIT, *Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva*, 1994, párr. 177.

que le informe en su próxima memoria sobre toda medida adoptada al respecto”.⁴⁶

Nuestro legislador ha hecho oídos sordos a las observaciones formuladas por la CEACR y sigue vigente la amenaza de aplicación de la Ley de Seguridad Interior del Estado.

2.2.2. Prohibición del ejercicio del derecho de huelga respecto de los funcionarios públicos

En 2000, Chile ratificó el Convenio 151 de la OIT sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, el que resulta aplicable a todas las personas empleadas por esta, con excepción de los empleados de alto nivel y de las fuerzas armadas y de policías, ya que el Convenio entrega a cada país la posibilidad de determinar el grado de aplicación de sus normas a estos colectivos de trabajadores.

En cuanto al derecho a negociar colectivamente, el Convenio precisa que los Estados miembros deben estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación para determinar las condiciones de empleo o cualquier otro método que permita a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Asimismo, el Convenio señala que los empleados públicos gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones. De esta forma y tal como señala Sergio Gamonal, el Convenio 151 consagra todos los atributos de la libertad sindical, tanto en su fase organizativa como funcional,⁴⁷ es decir, los derechos de afiliación, autonomía sindical y acción colectiva (negociación colectiva y huelga).

Asimismo, conforme a lo ha sostenido por el CLS, el Convenio 87 de la OIT resulta plenamente aplicable a los funcionarios públicos, destacando además que el “derecho a huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación”.

Entonces, teniendo presente que la huelga es un derecho fundamental, el CLS ha reconocido su ejercicio con carácter general, tanto a los trabajadores del sector público como del sector privado, admitiendo solamente como posibles excepciones o restricciones las que pudieran imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos: miembros de las fuerzas armadas y de policía, funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado, y trabajadores

⁴⁶ Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 77ª reunión CIT, 2007.

⁴⁷ Sergio Gamonal Contreras, *Derecho y trabajo*, Santiago, Ed. Legal Publishing, 2010, p. 164.

de servicios esenciales en sentido estricto del término.⁴⁸ La OIT ha estimado admisible el establecimiento de un servicio mínimo de funcionamiento, en caso de huelga en servicios públicos de importancia trascendental, agregando que en la determinación de este servicio mínimo deberían poder participar las organizaciones de trabajadores y las autoridades públicas.⁴⁹

A continuación, analizaremos las observaciones que ha formulado la CEACR al gobierno chileno en torno al restrictivo marco normativo del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, y los criterios sustentados por el CLS en esta materia, para así constatar lo lejos que estamos del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos.

- a. La CEACR, a propósito de unos comentarios enviados por la Confederación Nacional de Funcionarios Municipales de Chile sobre la aplicación del Convenio 87 en relación a la intención del gobierno de presentar un proyecto de ley que modificaba la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, recordó al gobierno que el derecho de huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación garantizado por el Convenio 87, derecho que no es absoluto, ya que en circunstancias excepcionales pueden preverse “restricciones o incluso prohibiciones del mismo respecto de ciertas categorías de trabajadores, en particular de ciertos funcionarios (aquellos que ejercen funciones de autoridad a nombre del Estado) o del personal que desempeña servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)”. La Comisión pidió al gobierno que consultara a las organizaciones sindicales sobre el proyecto de ley en cuestión, tomando en consideración que “los funcionarios municipales que no ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado debieran gozar del derecho de huelga”.⁵⁰
- b. La CEACR, en forma reiterada ha llamado la atención al Estado de Chile en cuanto a que los artículos 1 y 304 del Código del Trabajo no están en conformidad con los Convenios de la OIT, pidiendo al gobierno que, “los trabajadores del Congreso Nacional y del Poder Judicial, así como aquellos de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes, participación o representación, deberían gozar del derecho de

⁴⁸ Gernigon, Otero y Guido, op. cit., p. 17.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁰ Observaciones de la CEACR. Solicitud directa. Adopción: 2005. Publicación: 95ª reunión CIT, 2006. Idénticas observaciones formuló la CEACR al gobierno chileno en 2006, 2007 y 2009.

negociación colectiva”.⁵¹

Pese a todas las observaciones formuladas por los órganos de control de la OIT, el Estado chileno continúa manteniendo un sistema de relaciones colectivas de trabajo donde los trabajadores públicos están excluidos del reconocimiento explícito del derecho de negociación colectiva.

En 2011 hubo un intento por cambiar este estado de cosas, que finalmente no prosperó. Se ingresó al Parlamento un proyecto de reforma constitucional cuyo objetivo era reconocer el derecho de negociación colectiva y huelga de los funcionarios públicos, para lo cual se proponía la eliminación de la posibilidad de que fuera la ley la que impidiera negociar colectivamente, derivando a una ley orgánica constitucional la determinación de las restricciones al ejercicio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, fundadas únicamente en razones de orden público o seguridad nacional, casos en los cuales se debían establecer los mecanismos de consulta y participación de las asociaciones de funcionarios públicos. Asimismo, se propuso suprimir la prohibición de ejercer el derecho de huelga por parte de los funcionarios públicos, entregando al legislador la posibilidad de prohibirla cuando se tratara de servicios cuya finalidad o función fuera la atención de servicios de utilidad pública o cuya paralización causara grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional.⁵²

Recientemente (el 10 de marzo de 2014), fue ingresado un nuevo proyecto de ley que, en la misma línea del anterior, persigue eliminar las trabas a fin de que los funcionarios públicos gocen del derecho a negociar colectivamente y, a su vez, elimina la prohibición constitucional recaída en los funcionarios del Estado y de municipalidades para los efectos de declarar la huelga. El referido proyecto se encuentra en primer trámite constitucional ante el Senado, sin urgencia.⁵³

Valoramos el intento legislativo por avanzar en el reconocimiento y respeto de la libertad sindical de los funcionarios públicos, con cautela, eso sí, sobre los resultados que se pueden derivar de esta modificación legal, toda vez que se deja abierta la puerta para que una ley orgánica constitucional establezca restricciones al ejercicio del derecho a negociar colectivamente, fundadas en consideraciones de orden público y

51 Observaciones de la CEACR. Solicitud Directa. Adopción: 2002. Publicación: 91ª reunión CIT, op. cit

52 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 9 de noviembre de 2010 por medio de moción de los senadores Larraín, García, Letelier, Sabag y Pérez Varela, sobre negociación colectiva y derecho a huelga de los funcionarios públicos. Boletín 7.293-07. Con anterioridad se habían ingresado dos mociones parlamentarias sobre la materia, que no han tenido avance en su tramitación: Boletines 5181-07 y 6218-13.

53 Proyecto de reforma constitucional ingresado el 10 de marzo de 2014 por medio de moción de los senadores Larraín, García, Orpis, Pérez Varela y Walker, sobre negociación colectiva y derecho de huelga de los trabajadores del sector público. Boletín 9.267-13.

seguridad nacional, alejándose de los criterios establecidos por la OIT para restringir o limitar tales derechos: funcionarios de las fuerzas armadas o de orden, funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y aquellos que se desempeñan en servicios esenciales en el sentido estricto del término. Además, mientras no exista un diálogo verdadero sobre el modelo normativo actual en materia de negociación colectiva y huelga, vemos lejana la meta de alcanzar un pleno respeto a los estándares internacionales.

2.2.3. Servicios esenciales

Teniendo en vista que en determinadas actividades los efectos de la huelga pueden afectar los intereses de terceras personas ajenas al conflicto, se hace necesario conciliar los bienes jurídicos que están en juego, lo que comúnmente se realiza a través de la regulación de los servicios esenciales.

El legislador chileno regula, en primer término, las huelgas que tienen lugar en una empresa, predio o establecimiento cuya paralización pueda provocar un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales.⁵⁴

En estos casos, para los efectos de que el sindicato pueda hacer efectiva la huelga, deberá cumplir las siguientes condiciones:

1. Proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar tal daño.
2. La comisión negociadora deberá señalar al empleador, a requerimiento escrito de este, los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes.
3. Si la comisión negociadora no cumple con tal requerimiento o existe discrepancia en cuanto a la composición del equipo, el empleador podrá reclamar a la Inspección del Trabajo a fin de que se pronuncie sobre la obligación de los trabajadores de proporcionar dicho equipo.

Así, la norma legal entrega al empleador la facultad de calificar si su empresa se encuentra en tal situación, toda vez que se establece que es el empleador quien requiere a la comisión negociadora que individualice los trabajadores que compondrán el equipo de emergencia, y, solo en caso que esta se negase, será la Inspección del Trabajo la llamada a determinar si en la referida empresa, predio o establecimiento se debe cumplir con la obligación de proporcionar un equipo

⁵⁴ Código del Trabajo, art. 380.

de emergencia.⁵⁵

No nos parece apropiado que sea el empleador quien en una primera instancia tenga la facultad de restringir un derecho fundamental; si bien de todos modos los trabajadores pueden negarse a ello y en tal caso dejar la resolución a la Inspección del Trabajo, dicha facultad puede ser utilizada para dilatar el ejercicio de un derecho fundamental.

Una segunda regulación de los servicios esenciales está dada por una prohibición pura del derecho de huelga. El artículo 19 N° 16 de la Constitución Política prohíbe que declaren la huelga “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”.

En concordancia con la disposición constitucional, el artículo 384 del Código del Trabajo dispone que no podrán declararse en huelga los trabajadores que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.

Esta amplísima prohibición a ejercer el derecho de huelga consagrada por el legislador chileno debe cumplir ciertos presupuestos previos:

- a) La empresa debe estar comprendida dentro de la resolución que emiten los Ministerios del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción, relativa a las empresas que no pueden declararse en huelga.
- b) Para el caso de las empresas que puedan afectar gravemente la salud, abastecimiento de la población, economía del país o seguridad nacional, se exige además que estas comprendan 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.

Cumpléndose los referidos requisitos, en estas empresas no podrá declararse la huelga y, en caso de que no se llegue a acuerdo directo entre las partes, procederá el arbitraje obligatorio.

La prohibición en estudio, si bien persigue conciliar el ejercicio

⁵⁵ El empleador deberá interponer este reclamo dentro de los 5 días siguientes a la negativa de los trabajadores o de la falta de acuerdo, y deberá ser resuelta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su presentación. De la resolución de la Inspección del Trabajo se puede reclamar ante el Juzgado del Trabajo dentro de los cinco días siguientes.

del derecho de huelga con otros bienes jurídicos que pueden verse afectados, como la seguridad o la salud de la población, constituye una afectación grave a la libertad sindical, puesto que está concebida en términos extremadamente amplios y, lo que es peor, se entrega la calificación de las empresas que estarían privadas del ejercicio de este derecho a entidades gubernamentales –resolución triministerial–, lo que no otorga las mínimas garantías del debido proceso y estará fuertemente influenciado por las concepciones ideológicas e intereses económicos del gobierno de turno. La restricción de un derecho fundamental en su aspecto más crudo –prohibición– debe ser interpretada restrictivamente, tal como lo ha entendido la OIT al aludir a “servicios esenciales en sentido estricto del término”.

A este respecto es importante señalar que la CEACR ha recordado al gobierno chileno que “la legislación puede establecer que el derecho de huelga esté prohibido y que deba recurrirse al arbitraje obligatorio en los siguientes casos: 1) en aquellas empresas o instituciones que presten servicios esenciales, en el sentido estricto del término, es decir, aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población y 2) respecto de los funcionarios públicos que ejercen autoridad a nombre del Estado”.⁵⁶ A partir de lo anterior, la Comisión ha observado que la legislación vigente en Chile “es sumamente amplia ya que la noción de utilidad pública y la de daño a la economía del país exceden el concepto de servicio esencial. No obstante, la Comisión estima que en el caso de servicios no esenciales, con el fin de evitar daños irreversibles o que no guarden proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrán establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debiera limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término”.⁵⁷

Asimismo, respecto de la resolución triministerial que elabora el listado de empresas comprendidas en dicha prohibición, la CEACR sostuvo, respecto de 2008, que esta era demasiado amplia, ya que dicha lista “incluye algunas terminales portuarias de carácter privado, así como el ferrocarril de Arica-La Paz, que no pueden ser consideradas como servicios esenciales en el sentido estricto del término”.

También en el ámbito de los servicios esenciales, el legislador chileno otorga al presidente de la República la facultad de decretar la re-

⁵⁶ Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 73ª reunión CIT, op. cit.

⁵⁷ Íd.

anudación de faenas⁵⁸ en caso que una huelga o *lock-out* (cierre temporal de la empresa), por sus características, oportunidad o duración, causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional.⁵⁹

Aquí la restricción de un derecho fundamental también se delega a una autoridad administrativa, que claramente en su actuar puede estar influenciada por su ideología e, incluso, por intereses económicos. Se infringe de este modo la garantía general de los derechos consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, que exige que los límites de los derechos fundamentales sean impuestos por ley.

La CEACR objeta este artículo y señala al gobierno chileno que “debería ser la autoridad judicial, a petición de la autoridad administrativa, la que impusiera la reanudación de las faenas solo en casos de crisis nacional aguda o si la interrupción de los servicios afecta la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población, disponiendo en tal caso que los trabajadores gocen de garantías compensatorias suficientes, tales como procedimientos de conciliación y mediación y en caso de que se llegase a un punto muerto en las negociaciones, se abriera paso a un procedimiento de arbitraje que gozase de la confianza de los interesados”.⁶⁰ En el informe de 2003, el gobierno informó a la Comisión, entre otras materias, que la facultad que se concede al presidente de la República para decretar la reanudación de faenas no se ha ejercido en los últimos 25 años, ante lo cual la Comisión de todos modos observó que “la definición prevista en el artículo 385 de servicios con respecto a los cuales el presidente de la República puede ordenar la reanudación de faenas, parece ir más allá de los servicios esenciales en el sentido estricto del término. De cualquier manera, teniendo en cuenta que según el gobierno el presidente de la República no ha hecho uso de esta prerrogativa desde hace 25 años, la Comisión pide al gobierno que tome medidas para que derogue o modifique en el sentido indicado el artículo en cuestión”.⁶¹

En los años siguientes, la Comisión ha seguido instando al Estado de Chile que modifique o derogue el polémico artículo 385, lo que a la fecha aún no ocurre.

58 El decreto en referencia, debe ser suscrito además por los ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción, y deberá designar a un miembro del cuerpo arbitral que actuará como árbitro laboral.

59 Código del Trabajo, art. 385.

60 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 73ª reunión CIT, op. cit.

61 Comentarios formulados a Chile por la CEACR, 74ª reunión CIT, 2003.

3. CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE HUELGA

3.1. Huelgas ilegales versus huelgas atípicas⁶²

Tal como fue expresado en el *Informe* 2008, el marco restrictivo que debe afrontar el derecho de huelga en nuestro país no solo incluye la hostilidad de su regulación legal, sino también de la jurisprudencia judicial y del discurso público a través de los medios de comunicación social.⁶³

La hostilidad del discurso predominante en nuestros tribunales superiores de justicia es preocupante. Esta no solo se manifiesta en la consagración de una concepción restrictiva de su uso –solo será ejercido legalmente cuando se enmarca dentro de un proceso de negociación colectiva reglada–;⁶⁴ además, para los magistrados superiores constituye “un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva” que debe ser entendido como “una instancia para forzar un acuerdo razonable sobre las relaciones colectivas de trabajo y (...) corresponde realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones que la reglamentan, desde que dicha instancia compromete, ciertamente, el desarrollo económico del país”.⁶⁵

Este criterio fue ratificado en un fallo de unificación de jurisprudencia pronunciado en julio de 2013, que, a propósito de la determinación de la correcta interpretación del concepto de “reemplazo de trabajadores en huelga”, sostuvo que la huelga es un desenlace indeseable del proceso de negociación colectiva, lo que se demuestra en la intención reiterada del legislador de buscar una alternativa a la huelga que imparte el acuerdo entre trabajadores y empleadores.⁶⁶

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, compartiendo los argumentos de la jurisprudencia mayoritaria en materia de huelga, sostuvo que “la huelga no es el desenlace ideal de la negociación colectiva, pensada y reglamentada precisamente para arribar en lo posible a acuerdos razonables entre las partes. Por el contrario, la huelga no sería sino la consecuencia nefasta, o al menos no deseada, del fracaso de la negociación, después de agotadas las instancias alternativas de diálogo e interlocución y, por ende, habrán de interpretarse restrictivamente los alcances de su normativa como situación excep-

⁶² La búsqueda de jurisprudencia judicial se realizó en las bases de datos de Legal Publishing y Microiuris, según los siguientes criterios: huelga/despido antisindical/desafuero/huelga atípica/huelga ilegal.

⁶³ *Informe* 2008, p. 138.

⁶⁴ En este sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia de fecha 10 de mayo de 2011, *Soto contra Servicios Forestales S.A.*

⁶⁵ Corte Suprema, *Dirección del Trabajo contra ISS Facility Service S.A.*, 14 de abril de 2008. En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema, *Dirección General del Trabajo contra Transportes Cruz del Sur Limitada*, 2 de octubre de 2007.

⁶⁶ Corte Suprema, *Inspección Providencial del Trabajo Santiago contra CEPCH S.A.*, 7 de marzo de 2013.

cional y rupturista, no buscada en principio ni por las partes ni por el legislador”.⁶⁷

De este modo, se advierte la primacía de una corriente que postula una interpretación restrictiva de los alcances de la normativa del derecho de huelga, como una situación excepcional, no deseada ni querida por el legislador.

Respecto del ejercicio del derecho de huelga fuera de los marcos de la negociación colectiva reglada, la Corte Suprema, ya en 1992, en una causa sobre desafuero sindical fundado en la participación que habrían tenido los dirigentes sindicales en la paralización ilegal de los trabajadores de la planta para solidarizar con un trabajador que había sido despedido por la empresa, sostuvo que, al haberse acreditado que los trabajadores se encontraban en actividades de paro, se configuraba la causal de despido invocada por el empleador y que, por ende, debía concederse la autorización de despido de los dirigentes sindicales involucrados.⁶⁸

En el mismo sentido, en un caso donde un grupo de trabajadores realizó una paralización atípica de funciones por medio de una fiscalización a buses de su empresa y la colocación de barreras humanas para impedir la salida de los mismos, la Corte de Apelaciones de Santiago entendió configurada las causales de desafuero de imprudencia temeraria e incumplimiento grave de funciones invocadas por el empleador, principalmente porque el ejercicio de la libertad sindical debía enmarcarse dentro de los límites impuestos por el legislador y en el caso los dirigentes sindicales habían sobrepasado sus atribuciones al intentar una fiscalización fuera de sus competencias, que en definitiva terminó en una perturbación del normal funcionamiento del servicio de transportes y en graves perjuicios económicos para la empresa.⁶⁹

La Corte de Apelaciones de Concepción, ante una denuncia de tutela de derechos fundamentales con ocasión de un despido, interpuesta por un grupo de trabajadores forestales quienes en noviembre de 2009 fueron partícipes de un movimiento sindical que perseguía un aumento de remuneraciones, sostuvo que las movilizaciones y paralizaciones de actividades no se enmarcaban dentro de un proceso de huelga legal y, por lo tanto, los actores, al involucrarse en una movilización ilegal, “se colocaron al margen del Estado de derecho”, careciendo en consecuencia de legitimación para demandar la tutela que pretendían.⁷⁰

67 Corte de Apelaciones de Santiago, *Inspección Comunal del Trabajo contra Importadora Café Do Brasil S.A.* (acordada con el voto en contra del abogado integrante Antonio Barra Rojas), 28 de julio de 2011.

68 Corte Suprema, 3 de septiembre de 1992.

69 Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2012. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, *Inversiones Alsacia contra Vargas*, 26 de septiembre de 2012.

70 Corte de Apelaciones de Concepción, *Sandoval Uribe y otros contra Forestal Los Maitenes*

Ahora bien, pese a la existencia de esta línea jurisprudencial mayoritaria, de forma incipiente se ha ido consolidando una doctrina contraria, que ha ido evolucionando hacia una concepción amplia del derecho de huelga, superando la concepción de legalidad versus ilegalidad de la huelga en base a si esta se encuentra o no adscrita a un proceso de negociación colectiva reglada.

Generalmente, este debate se gatilla en razón de los despidos masivos que se generan cuando se llevan a cabo acciones de huelga fuera de los marcos de la negociación colectiva reglada o fuera de la modalidad de abstención colectiva al trabajo, frente a lo cual, los trabajadores despedidos o dirigentes sindicales demandados de desafuero se defienden ejerciendo las acciones legales por despido (despido injustificado, indebido o improcedente, e incluso la acción de tutela de derechos fundamentales) según corresponda, argumentando que las ausencias, negativas a trabajar, incumplimiento de obligaciones, entre otras causales imputadas por el empleador, se justifican por el ejercicio de un derecho fundamental: la huelga.

En esta línea se encuentra una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Rancagua que, conociendo un recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia definitiva que deniega la solicitud de desafuero de un dirigente sindical que se ausentó de sus labores por adherir a una paralización de faenas,⁷¹ sostuvo que no se configuraba la causal de ausencias injustificadas ya que el trabajador estaba ejerciendo un derecho fundamental.

El análisis efectuado en ese caso pasó por alto la tradicional discusión de ilegalidad de la huelga cuando esta se desarrolla fuera de los márgenes de la negociación colectiva reglada. La Corte asumió la premisa de que estaba involucrado el ejercicio de un derecho fundamental garantizado implícitamente en la Constitución, por lo que, para los efectos de determinar si el trabajador incurrió o no en la causal de ausencias injustificadas, no bastaba un simple análisis en relación a las obligaciones de carácter individual involucradas, sino que debía considerarse el proceso de huelga que enmarcaba las inasistencias.

Una interpretación contraria, señaló la Corte, afectaría el núcleo esencial del derecho de huelga, ya que, con ello, cada vez que un trabajador ejerciera este derecho, la ley autorizaría el despido, retrocediendo a la época en que la huelga se encontraba prohibida por ley. En otras palabras, el desafuero solo sería admisible si se sustenta en faltas vinculadas al ejercicio abusivo de un derecho fundamental (huelgas abusivas o inexistentes).⁷²

Limitada y Otros, 20 de junio de 2012.

71 Juzgado de Letras del Trabajo de Rancagua, *Zublin International GMBH Chile Ltda. contra Droguett*, 19 de noviembre de 2011.

72 Corte de Apelaciones de Rancagua, *Zublin International GMBH Chile Ltda. contra Droguett*,

En la misma línea argumentativa –ejercicio de un derecho fundamental–, el Tribunal de Letras de Los Ángeles, ante la aplicación de la causal de despido de abandono de trabajo, sostuvo que, si bien la salida del lugar de trabajo fue intempestiva, esta se encontraba justificada, ya que se produjo en un contexto de conflicto laboral que llevó a los trabajadores a concurrir a la Inspección del Trabajo. Respecto de la causal de negativa a trabajar en las faenas convenidas en el contrato de trabajo, el tribunal sostuvo que en el caso la negativa a trabajar se encontraba justificada en la solicitud de mejoras de las condiciones laborales, lo que llevó a la paralización de labores, la que por sí misma “no es una situación que dé origen a la aplicación indiscutida de la causal invocada”⁷³

La referida sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción, estimando que la negativa a trabajar fue justificada, ya que se produjo en un contexto de defensa de sus derechos laborales –reclamar un aumento de sus remuneraciones–, “de manera que existe una causa o motivo plausible para no realizar las labores convenidas”⁷⁴

Una sentencia reciente de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en voto de mayoría, anuló una sentencia del Juzgado de Letras de Buin, al considerar que el asumir la ausencia al trabajo como injustificada, en circunstancias en que se justificaba en una paralización de actividades de la que había participado la parte demandante, supone contrariar al derecho de libertad sindical consagrado en la Constitución y los Convenios 87 y 98 de la OIT.⁷⁵

En cuanto a las modalidades de ejercicio del derecho de huelga, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo una causa por prácticas antisindicales, consistente en el despido de 7 trabajadores que, durante el desarrollo de la huelga, junto con otros trabajadores del sindicato, ingresaron a la estación Universidad de Chile del metro portando lienzos y pancartas alusivos al movimiento huelguístico, pasaron el nivel de andenes, descendieron a la vía, ingresaron al túnel y caminaron hacia la estación Moneda, interrumpiendo el servicio normal de pasajeros de la línea aproximadamente por 35 minutos, sostuvo que tales despidos eran antisindicales, ya que impedían el ejercicio de la actividad gremial y porque se verificaron cuando los trabajadores ya no se encontraban amparados por el fuero de negociación colectiva y después de un mes y medio de haberse verificado tales hechos. En su razonamiento, la Corte indicó que la libertad no solo se encuentra amparada en el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, sino que

5 de enero del año 2012.

⁷³ Tribunal de Letras de Los Ángeles, 27 de abril de 2007.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, *Crisosto y otros contra Inmobiliaria e Inversiones Los Alcerces Arrayán Limitada*, 21 de noviembre de 2007.

⁷⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, *Beatriz del Carmen Allende Gutiérrez contra Gestión Medio Ambiental Ltda*, 9 de julio de 2014.

también en los Convenios 87, 98 y 135 de la OIT, los que se han incorporado al derecho interno en virtud de su ratificación, de acuerdo a los mecanismos que la Constitución establece.⁷⁶

En un mismo sentido, el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, rechazó una demanda de desafuero sindical fundado en un supuesto incumplimiento grave de las obligaciones que imponía el contrato, especialmente su contenido ético jurídico. Señaló: “Las trabajadoras, al verse inmersas en una manifestación acerca de reclamos de sus derechos laborales, participaron en ella, no de manera violenta ni desmedida, sino que estando atrás de un lienzo, o delante de él, y aplaudiendo ante las voces de Isolina Castro. A juicio del tribunal, las trabajadoras estaban manifestando su derecho a opinión, al estar presentes y acceder a participar en esta manifestación, participando además de un acto colectivo, en que la fidelidad que aduce la empresa no puede entenderse como un requerimiento que, ante hechos denunciados que les afectan personalmente, ellas permanezcan impávidas y sin emitir opinión alguna”.⁷⁷

Concordamos con los razonamientos recién expuestos, principalmente porque se recoge un concepto amplio del derecho de huelga, que va mucho más allá de los conflictos generados a propósito de la negociación de un contrato colectivo, respetando con ello los criterios que han sostenido el CLS y la CEACR en materia de finalidad de la huelga.

Además, se abre la puerta a una interpretación sistémica de las normas relativas al derecho de huelga, superando un análisis meramente exegético de las reglas contempladas en el Código del Trabajo, al incorporar, dentro de la fundamentación de las sentencias, los tratados internacionales que Chile ha ratificado, considerando legítimas las acciones de huelga emprendidas por los trabajadores en defensa de sus intereses, más allá del procedimiento de negociación colectiva reglada.

Con ello se da paso a una nueva era para el derecho de huelga en Chile, dejando atrás la tesis de la ilegalidad cuando no se ejerce dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada, siendo más propio y coherente con el principio de libertad sindical referirse a huelgas atípicas, las cuales tienen plena recepción en nuestro sistema laboral en virtud de los tratados internacionales que el país ha ratificado.

En consecuencia, que el Código del Trabajo solo regule de modo expreso una modalidad específica de huelga –la abstención colectiva al trabajo dentro del marco de un proceso de negociación colectiva reglada– en ningún caso quiere decir que los demás tipos de huelga o manifestaciones sindicales se encuentren prohibidos.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, *Cortes Suazo Pedro Segundo contra Empresa de Transporte de Pasajero Metro S.A.*, 4 de octubre de 2004.

⁷⁷ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *Bastidas contra Ferrocast S.A.*, 22 de noviembre de 2011.

Dicho vacío legal debe ser integrado por la garantía constitucional de libertad sindical, consagrada en el artículo 19 N^{os} 16 y 19 de la Constitución Política, al garantizar el derecho a negociar colectivamente y la autonomía de las organizaciones sindicales, y en diversos tratados internacionales ratificados por nuestro país, los que, de conformidad al artículo 5 inciso 2^o de nuestra Constitución, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. Huelgas atípicas en el sector público

Pese al restrictivo marco normativo existente en materia de libertad sindical de los trabajadores públicos, que llega al extremo de guardar silencio en materia de negociación colectiva y prohibir a nivel constitucional el ejercicio del derecho de huelga, las organizaciones sindicales del sector público ejercen de facto estos derechos, incluso con menores obstáculos que los existentes para los trabajadores del sector privado.

Si bien las autoridades públicas disponen de las herramientas legales para aplicar sanciones –administrativas y penales– cuando trabajadores públicos participan en acciones de huelga, en la práctica, estas medidas no se adoptan, de lo cual se advierte una actitud de tolerancia hacia el ejercicio del derecho de huelga.

Ello se deduce de los datos de judicialización de conflictos colectivos al interior de la Administración Pública. Al realizar una búsqueda,⁷⁸ solo pudimos encontrar 3 casos relativos a huelga en el sector público relacionados con la aplicación de medidas disciplinarias en contra de trabajadores que fueron partícipes de huelgas, los que, casualmente se ventilaron durante el mandato del ex presidente Piñera.

Uno de estos casos se relacionó con el instructivo emanado del Ministerio del Interior durante las huelgas registradas en diciembre de 2010 con motivo de una negociación del reajuste salarial. La Asociación Nacional de Trabajadores del Instituto de Previsión Social recurrió de protección en contra del jefe de servicio de la institución y el entonces ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, fundado en la ilegalidad y arbitrariedad del referido instructivo, ya que, por medio de este, se pretendía proceder al descuento de remuneraciones sin que previamente se determinase con precisión la o las personas que no habían trabajado durante las jornadas de movilización nacional. La Corte de Apelaciones de Santiago, sin entrar al debate sobre la legitimidad o ilegitimidad de la paralización de faenas por parte de funcionarios públicos, desestimó la acción constitucional debido a que el instructivo en cuestión ordenaba

⁷⁸ La búsqueda de jurisprudencia en materia de huelga en la función pública se realizó en las bases de datos de Legal Publishing y Microjuris, según los criterios “huelga sector público” y “medidas disciplinarias”.

realizar descuentos de remuneraciones derivados de la huelga ilegal, en los casos que correspondiese, lo que significaba que, para los efectos de proceder a los descuentos, se debía realizar un procedimiento que permitiese la identificación de los funcionarios que habían interrumpido sus funciones.⁷⁹

De igual manera, la Asociación de Funcionarios del Hospital Luis Calvo Mackena recurrió de protección por las actuaciones ilegales y arbitrarias cometidas por el ministro Mañalich al haber ordenado el descuento de remuneraciones de los funcionarios movilizados con motivo de las negaciones del reajuste salarial de 2010. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, advirtiendo que la acción ilegal y arbitraria reprochada por los recurrentes fue la inexistencia de procedimientos comprobatorios de las presuntas inasistencias, no entró al análisis de los alcances del derecho de huelga de los funcionarios públicos, centrándose exclusivamente en la forma en cómo se determinaron los respectivos descuentos. En razón de lo anterior, consideró que la conducta del recurrido había sido ilegal y arbitraria, afectándose el derecho de propiedad de los recurridos a percibir su remuneración de forma íntegra, ya que no habían sido comprobados los supuestos de hecho que justificaba el descuento de remuneraciones, situación que restó legitimidad al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración.⁸⁰

Bajo los mismos argumentos, la Asociación de Funcionarios del SII recurrió de protección sosteniendo que la medida de descuento vulneraba los derechos de igual protección de la ley y propiedad, toda vez que el servicio procedió a realizar descuentos masivos sin discriminación ni prolijidad, considerando genéricamente todos los días de paro, sin considerar el tiempo realmente no trabajado. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo la referida acción, consideró que, si bien se trataba de paralizaciones informales, en la configuración de las relaciones laborales de los servicios públicos es común que se generen movilizaciones o paralizaciones, las que de ningún modo han desvirtuado ni la función pública ni su debida continuidad. En razón de lo anterior, y pasando por alto el debate en torno a la legalidad o ilegalidad de la movilización, estimó que en la especie se conculcaron las garantías constitucionales invocadas por los recurrentes en razón de existir graves falencias de cómputos y fiscalización del tiempo no trabajado.⁸¹

79 Corte de Apelaciones de Santiago, *Espejo contra Adidas Chile Ltda.*, 5 de mayo de 2011.

80 Corte de Apelaciones de Santiago, *Valencia Quevedo Guido contra Ministro de Salud Jaime Mañalich Muxi*, 19 de mayo de 2011. El criterio sustentado por la Corte de Apelaciones de Santiago fue confirmado por la Corte Suprema en sentencia de fecha 21 de julio de 2011, para la cual, la vulneración del derecho de propiedad quedaba de manifiesto por la ilegalidad del procedimiento en base al cual se determinaron los descuentos de remuneraciones.

81 Corte de Apelaciones de Santiago, *Asociación Nacional de Funcionarios de Impuestos Inter-*

En este último caso, la Corte Suprema revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago al estimar que el descuento de remuneraciones realizado por el servicio no era un acto ilegal, ya que se enmarcaba dentro de las facultades conferidas por el Estatuto Administrativo, el cual obliga a practicar los respectivos descuentos de remuneraciones por las horas no trabajadas efectivamente, lo cual se verificó por medio de un proceso administrativo basado en criterios técnicos, con lo cual se descartó una supuesta arbitrariedad del acto recurrido.⁸²

Los casos encontrados sobre huelgas realizadas en el sector público están enmarcados en discusiones respecto de la legalidad de la aplicación de medidas disciplinarias, y en concreto, si estas respetaron o no los procedimientos investigativos contemplados en el Estatuto Administrativo. Más allá de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída en el caso del SII, no existe un pronunciamiento de fondo en torno al derecho de huelga de los trabajadores públicos. Ello es un signo más del incumplimiento de los estándares internacionales que rigen en la materia.

3.3 Prácticas antisindicales por reemplazo ilegal de trabajadores en huelga

De acuerdo al artículo 289 inciso 1° del Código del Trabajo, son prácticas desleales (o antisindicales) las acciones que atenten en contra de la libertad sindical.

A su vez, de acuerdo al artículo 387 inciso 1° del mismo cuerpo legal, se consideran prácticas desleales las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos.

Teniendo en cuenta que el derecho de huelga forma parte de las dimensiones de la libertad sindical, su afectación puede considerarse una práctica antisindical. A su vez, en lo que respecta a la aplicación del Libro IV del Código del Trabajo, relativo a la negociación colectiva, la afectación al derecho de huelga puede estimarse también como una forma de entorpecer la negociación colectiva.

Como ilustran las consideraciones anteriores, el propio legislador es responsable de normas claramente antisindicales. Una de ellas es el artículo 381 del Código del Trabajo que permite el reemplazo de los huelguistas desde el primer día de la huelga (si se cumplen ciertos requisitos) o desde el día 15 a partir de su materialización (si no se cumplen los requisitos).

nos de Chile contra Servicio de Impuestos Internos, 16 de septiembre de 2011.

⁸² Corte Suprema, *Asociación Nacional de Funcionarios de Impuestos Internos de Chile contra Servicio de Impuestos Internos*, 19 de enero de 2012 (acordada con el voto en contra del ministro Brito, para quien, al tratarse de la aplicación de medidas disciplinarias, las infracciones a los deberes funcionariales denunciadas debieron haberse investigado por medio de un sumario administrativo o investigación sumaria, lo que no aconteció en la especie).

La regla según la cual los empleadores pueden reemplazar a los huelguistas en atención al tenor de su última oferta, consagra como una primera reacción estatal, en caso de contravención, la aplicación de una multa por parte de la Inspección del Trabajo.

La otra posibilidad de tutela heterónoma del derecho de huelga está dada por la sanción por prácticas antisindicales o desleales o por práctica desleal en la negociación colectiva, aplicable por los juzgados con competencia laboral.

La diferencia entre ambas tutelas se encuentra en que la multa por infracción del artículo 381 del Código del Trabajo exige la verificación de cada uno de los requisitos a que se refiere esa norma, mientras que la sanción por prácticas antisindicales tiene como fundamento la afectación a la libertad, por lo que el mero cumplimiento formal de los requisitos de la referida norma no exime de la eventual sanción por prácticas antisindicales, en la medida que den cuenta de un ejercicio de facultades (reconocidas por el artículo 381) desproporcionadas o de un modo poco razonable o arbitrario. Otra diferencia esencial radica en la plenitud de tutela que ofrece la sanción por prácticas antisindicales, al contemplar el procedimiento de tutela de derechos por el que se rige la facultad del juez para ordenar el retiro de los rompehuelgas.

Un examen de la jurisprudencia de los tribunales recaída en demandas por prácticas antisindicales confirma este panorama.

Como se ha sostenido, la Corte Suprema en su actual jurisprudencia participa de la idea según la cual lo que la norma del artículo 381 prohíbe es la contratación de trabajadores externos para reemplazar a los huelguistas, dejando dentro de la legalidad la utilización para los mismos fines de trabajadores de la empresa, bastando que hubieren sido contratados un día antes de la materialización de la huelga.⁸³

En el pasado la misma Corte sustentó la tesis opuesta, interpretando la disposición legal en referencia al modo en que pueda producir efectos, so riesgo de afectar severamente la razón de ser del derecho de sindicación.⁸⁴

Existe también una suerte de posición intermedia, según la cual lo prohibido por el artículo 381 es la contratación de trabajadores externos durante la huelga, pero considerando también ilícita la utilización de trabajadores de la propia empresa trasladados de otras sucursales.⁸⁵

83 Corte Suprema, *Inspección Comunal del Trabajo Santiago Nor-Oriente contra Cerámicas Industriales Fanaloza S.A.*, 15 de mayo de 2008.

84 Corte Suprema, *Inspección Provincial Trabajo con Industria Nacional Parabrisas Alminados*, 11 de septiembre de 2007.

85 Segundo Juzgado Laboral de La Calera, *Dirección Regional del Trabajo contra Servicios Gener*, 5 de enero de 2011. En similar sentido, Corte de Apelaciones de Antofagasta, *Jumbo Administradora Norte S.A. contra Inspección Provincial Del Trabajo El Loa Calama*, 20 de enero de 2014.

Resulta paradójal –y esto es un reproche a todos los actores del sistema– que, a pesar que el artículo 381 sea fiel a la filosofía original, se estructure en base al reconocimiento de una facultad del empleador, cual es la de reemplazar a los huelguistas (independientemente del criterio que se asuma en cuanto al modo de efectuarlo), no se plantea un debate sobre una práctica antisindical fundada en el reemplazo (ilegal) de huelguistas, facultad que supone un límite para el ejercicio del derecho fundamental de la libertad sindical, tal como lo reconoce inequívocamente el artículo 5 inciso 1° del CT. De esta manera, en vez de plantearse un debate acerca de si el empleador ejerció la facultad de un modo razonable, carente de arbitrariedad y proporcional, con el objeto que el juez deba ponderar en base a un juicio de proporcionalidad, la discusión se sitúa en los límites de la regla que contiene el mencionado artículo 381. Llevado a otro terreno, esto sería equivalente al caso en que, enfrentado a una demanda de tutela por vulneración del derecho a la honra con ocasión del despido justificado en necesidades de la empresa, el empleador (y el propio actor) situare el debate únicamente en si se verifican los requisitos del despido por necesidades de la empresa.

En suma, se ha confundido en ese debate la infracción de una regla (contenida en el artículo 381), ámbito en el que la competencia corresponde exclusivamente a la DT (por más que no la ejerza desde el 2011), con la sanción por práctica antisindical consistente en los efectos lesivos a la libertad sindical que supone el reemplazo de trabajadores en huelga, cuya competencia corresponde exclusivamente a los tribunales.

En esto, la DT, actor fundamental en este terreno, tiene bastante responsabilidad, como se analizará a continuación.

4. ROL DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO EN LA DENUNCIA DE PRÁCTICAS ANTISINDICALES

La DT, ejerciendo su facultad interpretativa, ha precisado ciertos aspectos de la precaria referencia que la ley formula de la huelga. Así, sostiene que el sentido y alcance que debe darse al concepto “servicios esenciales”, contenido en el artículo 384 inciso 1° del Código del Trabajo, es el mismo que ha acuñado por la OIT a través de su Comisión de Expertos y Comité de Libertad Sindical, esto es, entendiendo por tales a “aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población” (Dictamen 5.062/093, 26 de noviembre de 2010).

En materia de reemplazos de huelguistas, para la doctrina de la DT, “la época en que el reemplazante es contratado pierde relevancia” (Dictamen 1.303/64, 26 de marzo de 2004), al tiempo que asume por personal de reemplazo de las funciones o puestos de trabajo durante

la huelga a “cualquier dependiente que labore directamente para el empleador o para empresas contratistas como, asimismo, alumnos en práctica y/o personas ajenas a la empresa que se encuentran cumpliendo funciones propias de los trabajadores involucrados en el respectivo proceso” (Dictamen 1.303/64). Relevando la importancia de la eficacia de la huelga, se dispone que en caso de infracción legal (reemplazo ilegal de huelguistas) debe aplicarse la multa más alta por cada reemplazante y, de persistir, demandarse por práctica antisindical, exigiendo como medida cautelar el auxilio de la fuerza pública para el retiro de los rompehuelgas (Dictamen 1.303/64).

También ha dictaminado que a los directores de una organización sindical en huelga les asiste el derecho a ingresar a las faenas de la empresa respectiva, con el fin de cumplir las labores propias de sus cargos, en las condiciones precisadas por la DT (Dictamen 2.422/140, de 25 de julio de 2002).

En un ámbito de creciente relevancia, por la alta incidencia del régimen de subcontratación, la doctrina de dicho servicio público ha dispuesto que “la empresa principal no podría asumir, durante el tiempo que dure la interrupción de las labores, con sus propios recursos, directos o indirectos, las funciones que desarrollan los trabajadores dependientes de la empresa contratista que han decidido hacer uso del derecho de huelga, puesto que tal conducta constituiría una forma de reemplazo que afectaría gravemente el ejercicio de los derechos sindicales” (Dictamen 3.403/059, 28 de julio de 2006).

Esta doctrina, condicionada como está a los escasos márgenes que la ley le concede a la huelga, implica una interpretación lo más conducente posible a la eficacia de la huelga, al determinar el ámbito del concepto reemplazo en la huelga, la responsabilidad de la empresa principal o el derecho de los dirigentes sindicales a ingresar al lugar de las faenas durante la huelga.

Por ello resulta especialmente llamativo que una de las materias cubiertas por la doctrina de la DT, la infracción por reemplazo ilegal de huelguistas, haya sido modificada por medio de una Orden de Servicio (2, 4 de febrero de 2011), no solo sin cumplir con la exigencia que la propia ley orgánica de la DT impone a esta en cuanto a ser explícita cuando modifica su doctrina, sino confundiendo la infracción al artículo 381 con la sanción por prácticas antisindicales, con resultados telúricos: omisión en la obligación de la DT de aplicar multas por infracción a esa disposición legal e interposición de denuncias por prácticas antisindicales por vulneración de la regla del artículo 381 y no de la libertad sindical, contribuyendo al sempiterno y a estas alturas infértil debate sobre si lo prohibido es el reemplazo de huelguistas bajo cualquier forma o solo la contratación de externos durante la huelga ya materializada.

Pero lo anterior no agota la intervención de la DT en el ámbito de la huelga favoreciendo su ineficacia. A partir de las instrucciones de 2011, frente a una denuncia administrativa por reemplazo de trabajadores en huelga y su posterior constatación, en vez de cursar la más alta multa por el reemplazo ilegal de huelguistas esperando su retiro y, en caso negativo, la posterior demanda de prácticas antisindicales con exigencia de medida precautoria de auxilio de fuerza pública para obtener el retiro efectivo de los rompehuelgas, tal y como prescribe el Dictamen 1.303/64, ya no se multa sino que se investiga y, si el resultado lleva a concluir la efectividad del reemplazo ilegal de huelguistas (esto es, la infracción al artículo 381), se cita siempre a una audiencia de mediación,⁸⁶ fracasada la cual se estudia la factibilidad de demandar judicialmente por prácticas antisindicales, sin que se advierta intención alguna de requerir el retiro inmediato de los rompehuelgas, dejando a las eventuales sentencias condenatorias por vulneración de la huelga como victorias pírricas.

Estimamos que las decisiones adoptadas por las autoridades de la DT han contribuido al actual escenario, distanciándose del criterio de celeridad en el retiro de rompehuelgas contenido en el Dictamen 1.303/64 (concretizado tanto en el apercibimiento de cursar una multa administrativa por el máximo permitido por la ley como por la exigencia a sus funcionarios para presentar de modo urgente una denuncia judicial por prácticas antisindicales, con una solicitud de medida precautoria al tribunal para que este ordene el cese inmediato del reemplazo de huelguistas). El criterio de oportunidad desaparece y el denominador común pasa a ser que la denuncia judicial se presente por la misma DT, semanas (e incluso meses) después de haberse hecho efectiva, cuando, dado el sistema legal que rige (que permite el reemplazo de los huelguistas aun cuando no se hubieren cumplido con los requisitos del artículo 381, salvo el ofrecimiento del bono de 4 UF por reemplazante, al 15° día de materializada la huelga), a esas alturas, ninguna posibilidad existe para obtener el retiro de los rompehuelgas, lo que contribuye a la ineficacia de la huelga.

El total de sentencias condenatorias de prácticas antisindicales consistentes en el reemplazo ilegal de trabajadores en huelga, desde el primer semestre de 2012 (año siguiente a las referidas y criticadas instrucciones de la DT) hasta el segundo semestre del 2013, es de 92, de las cuales 3 recayeron en denuncias por prácticas antisindicales por reemplazo ilegal de huelguistas, originadas en denuncias patrocinadas por la DT. La actuación de dicho servicio tiene un efecto profun-

86 De dudosa legalidad, por lo demás, por cuanto el art. 292, que otorga a la DT la titularidad de la acción por prácticas antisindicales, reenvía al párrafo relativo al procedimiento de tutela de derechos (arts. 485 y ss) en lo relativo al conocimiento y resolución de las denuncias por prácticas antisindicales, mas no a instancias pre judiciales como la relativa al procedimiento de mediación.

damente negativo para el respeto del derecho de huelga en el escaso margen que la ley tolera para su ejercicio, toda vez que la intervención administrativa se verifica cuando el acto lesivo del derecho de huelga, el reemplazo de huelguistas, ya lleva varios días de perpetración, y el inicio de acciones judiciales, cuando ya han pasado meses. Así consta en el siguiente cuadro:

	Tribunal	Inicio de huelga	Mediación de DT	Presentación de demanda por DT
S-1-2010	Pozo Almonte	21 dic. 2009	15 ene. 2010 y 03 feb. 2010	19 feb. 2010
T-5-2011	Peñaflor	22 ago. 2011	02 sept. 2011	21 sept. 2011
S-49-2012	2° de Santiago	24 mayo 2012	31 mayo 2012	20 jul. 2012
S-1-2010	Pozo Almonte	21 dic. 2009	15 ene. 2010 y 03 feb. 2010	19 feb. 2010

5. EL DERECHO DE HUELGA Y LA HOSTILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Como hemos adelantado, los medios de comunicación social, al informar sobre los conflictos laborales que se registran en nuestro país, solo consideran los aspectos negativos: perjuicios que se reportan para el sistema económico; actos de violencia, manifestaciones, piquetes o funas realizadas por las organizaciones sindicales; y las intervenciones de la fuerza pública. Poco o nada se dice respecto del contenido de las reivindicaciones levantadas por los trabajadores, de sus denuncias o reclamos, de la solidaridad que se genera en el mundo sindical, del apoyo de otros actores sociales, etc.

Como ocurre con otros hechos noticiosos (movilizaciones estudiantiles o de otros actores sociales), los conflictos laborales solo tienen cobertura de los medios de comunicación más masivos cuando “hay sangre” (actos de violencia) o cuando hay intereses económicos y políticos de por medio, para restar fuerza y credibilidad al movimiento.

Lo anterior se ve reflejado en el tratamiento noticioso recibido por las dos paralizaciones de actividades que tuvieron mayores repercusiones el año recién pasado: el paro portuario y el del Servicio de Registro Civil.

De un estudio de prensa realizado, hemos podido extraer las siguientes conclusiones:

- a. Una de las aristas más destacadas por los medios de comunicación social corresponde a las repercusiones económicas generadas por

el conflicto. Así por ejemplo, en el caso del paro portuario, se dio mucha cobertura a las declaraciones formuladas por las asociaciones empresariales afectadas con la paralización, denunciando las graves consecuencias para los productores y exportadores de fruta, quienes se veían afectados por la pérdida de mercados y precios.⁸⁷

- b. Las opiniones e intervenciones del mundo político y empresarial contienen una concepción negativa del conflicto laboral. Así, por ejemplo, el ex ministro Longueira, en relación con el conflicto portuario, sostuvo: “No hay ninguna razón para paralizar. No hay nada que justifique el daño que le están causando a Chile”.⁸⁸ En el mismo contexto, en una entrevista realizada por radio Cooperativa, el presidente de la Asociación de Exportadores de Chile, Ronald Bown, aseguró que, tras reunirse con el ex ministro del interior Andrés Chadwick, el gobierno iba a evaluar la posibilidad de aplicar la Ley de Seguridad Interior del Estado por el paro portuario que se desarrollaba en gran parte del país.

En relación al paro del Registro Civil, la ex ministra secretaria general de gobierno Cecilia Pérez señaló que “creemos que la irresponsabilidad está al límite, está al límite porque los funcionarios son privilegiados dentro del sector público, que saben que de su trabajo dependen los trámites de muchos chilenos”, a lo cual añadió que “los funcionarios se deben a Chile, como todos los del sector público y que tienen que volver a trabajar porque el daño a los chilenos es grave y grande y que como gobierno no lo vamos a permitir”.⁸⁹

- c. Muy poco se dice sobre las motivaciones de los trabajadores, sobre las causas u orígenes de los conflictos, y más bien se advierte una preocupación por las repercusiones que generan estos para el sector empresarial. Respecto al paro portuario, el diario *La Tercera* realizó un extenso reportaje dando cuenta de las millonarias pérdidas que había reportado la paralización tanto de empresas privadas como estatales. El referido reportaje abordó además la vulnerabilidad institucional del país y la preocupación manifestada por abogados, empresarios y parlamentarios por la transgresión que la huelga significaba al marco legal e institucional del país, calificándola de ilegal por no haberse registrado dentro de un proceso de negociación colectiva.⁹⁰

87 Las repercusiones y perjuicios económicos para el sector empresarial fueron cubiertos por los siguientes medios; diario electrónico emol.cl con fecha 20 de enero de 2014; diario *La Tercera* con fecha 2 de octubre de 2013.

88 *La Tercera*: “Ministro Longueira asevera que paro portuario no tiene justificación”, 5 de abril de 2013.

89 Terra.cl: “Gobierno por paro del Registro Civil: El daño es imperdonable”, 23 de septiembre de 2013.

90 *La Tercera*: “Paro portuario: Preocupa la vulnerabilidad institucional del país”, 4 de abril de

- d. Las imágenes que se muestran a la opinión pública generalmente dan cuenta de actos de violencia, barricadas, manifestaciones e intervención policial.
- e. Solo medios de prensa alternativos cubren los aspectos de fondo del conflicto: sus causas u orígenes; demandas y reivindicaciones de la organización sindical; denuncias de los trabajadores; contenido de los acuerdos alcanzados; y acciones desplegadas por los trabajadores en defensa de sus derechos; entre otros.⁹¹

6. LAS NEGLIGENCIAS E INCUMPLIMIENTOS DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DEL DERECHO DE HUELGA

Más allá de las claras contravenciones de nuestra normativa interna de los estándares internacionales en materia de huelga y de la gran deuda que mantiene con los órganos de control de la OIT, el Estado Chileno, desde el retorno a la democracia, ha desplegado y mantenido una conducta negligente en materia de protección y promoción de la libertad sindical, lo que se manifiesta en:

- a. La inexistencia de reformas legales que reemplacen el modelo de relaciones colectivas impuesto por la dictadura por medio del Plan Laboral (consagración de la negociación colectiva más allá de la empresa, liberalización de la huelga, eliminación del reemplazo de trabajadores en huelga y un largo etcétera).
- b. La marginación de los sindicatos de la posibilidad de contar con asesoría jurídica gratuita y especializada, por medio de las oficinas de defensa laboral, dependientes de las corporaciones de asistencia judicial. Ello se debe no solo a los criterios de focalización dispuestos por el Ministerio de Justicia⁹² para que las referidas oficinas puedan atender a organizaciones sindicales, sino además a que, en los hechos, la incidencia que tiene la defensoría laboral en el mundo sindical es prácticamente nula.

Solicitamos información a todas las oficinas de defensa laboral del país sobre el número de atenciones que han realizado a sindicatos y el número de denuncias por prácticas antisindicales interpuestas en representación de los mismos, y la respuesta fue francamente desoladora. Desde la entrada en vigencia de la reforma a la justicia laboral⁹³ y la creación del programa de defensa laboral especiali-

2013.

91 Diarios electrónicos elmostrador.cl y elciudadano.cl y sitios web de radios Biobío y Cooperativa.

92 Por instrucciones emanadas del Ministerio de Justicia, los criterios de focalización para los efectos de asesorar a organizaciones sindicales son dos: 1) debe tratarse de sindicatos con menos de 25 socios; 2) cuya cuota sindical no puede superar los \$5.000.

93 En marzo de 2008 entró en vigencia de manera gradual la nueva justicia laboral.

zada, de acuerdo a la información que nos fue remitida, solo en un caso se realizó una atención a un sindicato (oficina de defensa laboral de Coquimbo). En materia de representación judicial el panorama es similar: a) un caso en la oficina de defensa laboral de Atacama; b) dos en la oficina de defensa laboral de Coquimbo y c) dos en la oficina de defensa laboral de Antofagasta, todos por prácticas antisindicales. Se constata así que la defensoría laboral ha tenido una nula incidencia en la protección de la libertad sindical, siendo que todos los órganos del Estado deben propender al fortalecimiento de las garantías constitucionales.⁹⁴

- c. La escasa incidencia de la DT, por cuanto, por una parte, ha renegado desde junio de 2008 (con excepción, desde 2011, de los casos de delegados sindicales y quienes tienen fuero retroactivo de constitución) de su potestad sancionadora en diversos ámbitos asociados a la libertad sindical (separación ilegal de dirigentes sindicales, por ejemplo), limitándose a ofrecer a los interesados, luego de constatada la vulneración respectiva, un procedimiento de mediación y el eventual estudio de una denuncia por prácticas antisindicales. Asimismo, resulta evidente la ostensible disminución de las demandas por prácticas antisindicales presentadas en tribunales por la DT en los últimos años (solo 14 sentencias condenatorias fueron incorporadas en la nómina de empresas condenadas por prácticas antisindicales en el último semestre, la cifra más baja desde el inicio de tal publicación hace más de 10 años). Como se ha detallado antes, el rol de la DT en pos de la eficacia de las huelgas que se ven afectadas por la utilización de rompehuelgas, lejos de inhibir esta conducta, contribuye a su multiplicación.
- d. Los criterios restrictivos con que los tribunales fallan casos relacionados con el ejercicio del derecho de huelga y la concepción peyorativa que tienen del mismo.
- e. La inexistencia, en el actual programa de gobierno, de medidas concretas para eliminar el modelo de relaciones colectivas impuesto por la dictadura. El discurso presidencial del 21 de mayo pasado solo hizo una referencia genérica al fortalecimiento de los tres pilares de la libertad sindical: sindicalización, negociación colectiva y huelga, pero no se indicó ninguna medida concreta para alcanzar tal objetivo.

94 Esta información fue solicitada en virtud de la Ley de Transparencia a todas las corporaciones de asistencia judicial del país, organismos de los cuales dependen las distintas oficinas de defensa laboral. A la fecha de elaboración del presente informe, quedó pendiente la respuesta de la Corporación de Asistencia Judicial Metropolitana. Del cruce de información que entrega el portal web del poder judicial, se obtiene que no han patrocinado acciones por prácticas antisindicales.

- f. La inexistencia de una voluntad política sincera de efectuar reformas legales que den cumplimiento a los tratados internacionales que nuestro propio país ha ratificado.

7. CONCLUSIONES

La contradicción absoluta entre el estándar de las normas internacionales del trabajo acerca del derecho de huelga y las normas nacionales es evidente. Ello no es de extrañar teniendo en cuenta que las normas del Plan Laboral fueron dictadas únicamente por presión internacional (amenaza de boicot por parte de la AFL-CIO en contra de exportaciones chilenas en caso de no reactivarse la actividad sindical al 8 de enero de 1979), habiendo sido elaboradas por quienes, a partir de su adscripción a las doctrinas neoliberales, no solo no le asignaban mérito alguno a los sindicatos, a la negociación colectiva y la huelga, sino que asumían un desvalor en su reconocimiento por tornarse en limitaciones al libre mercado.

La ratificación de los más importantes convenios sobre libertad sindical de la OIT a fines del siglo XX no sirvió como impulso efectivo para la remoción de los numerosos obstáculos legales y constitucionales para el ejercicio del derecho de huelga, limitándose el debate público a asociar el déficit de las normas nacionales frente a las internacionales en materia de huelga a la precisión de la norma sobre el reemplazo de los trabajadores huelguistas.

La mantención de la contradicción entre los estándares internacionales y la normativa interna queda reflejada en el Informe 2014 de la CEACR. Este, en lo relativo a la congruencia entre el Convenio 87 y las normas internas de Chile, pide, nuevamente al gobierno chileno que se modifiquen varios artículos del Código del Trabajo vinculados con el ejercicio del derecho de huelga. Esos artículos se encuentran especificados en los informes de 2012, 2010 y 2008 y son los siguientes:

1. Los artículos 372 y 373 del Código del Trabajo, que establecen que la huelga deberá ser acordada por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa;
2. El artículo 374 del Código del Trabajo, que dispone que, una vez que se dispuso recurrir a la huelga, esta debe hacerse efectiva dentro de los tres días siguientes; si no, se entenderá que los trabajadores de la empresa respectiva han desistido de la huelga y que, en consecuencia, aceptan la última oferta del empleador;
3. El artículo 381 del Código del Trabajo, que prohíbe, de manera general, el reemplazo de los huelguistas, pero que contempla la posibilidad de proceder a dicho reemplazo mediante el cumpli-

miento de ciertas condiciones por parte del empleador en su última oferta en la negociación;⁹⁵

4. El artículo 384 del Código del Trabajo, que dispone que no podrán declarar la huelga los trabajadores de aquellas empresas que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización, por su naturaleza, cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional. La Comisión había observado que la definición de servicios en los que puede prohibirse la huelga del artículo en cuestión, así como la lista elaborada por las autoridades gubernamentales, era demasiado amplia e iba más allá de aquellos servicios cuya interrupción puede poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población;⁹⁶
5. El artículo 385 del Código del Trabajo, que dispone que, en caso de producirse una huelga que por sus características, oportunidad o duración causare grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional, el presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas;⁹⁷
6. El artículo 254 del Código Penal prevé sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos; y
7. En el Informe de 2012 se pidió al gobierno de Chile “garantizar en la legislación y en la práctica que los trabajadores agrícolas gocen del derecho de huelga”.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entidad fundamental para la eficacia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha “expresado su preocupación porque el artículo 381 del Código del Trabajo prevé la posibili-

95 En el *Informe* de 2012 fue más allá, señalando al Estado chileno que “el reemplazo de huelguistas debería circunscribirse a los casos en los que se puede restringir o incluso prohibir la huelga, es decir, en la función pública respecto a los funcionarios que ejercen función de autoridad en nombre del Estado, en los servicios esenciales en el sentido estricto del término y en situaciones de crisis nacional o local aguda, o en caso de que no se respeten los servicios mínimos”.

96 En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, señalando que le preocupa “la amplitud de esta norma que permite prohibir la huelga cuando se trate de servicios esenciales”. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), disponible en www.ohchr.org, p.152.

97 En el Informe de 2012 se dio cuenta de la información proporcionada por el gobierno relativa al contenido del Dictamen 5.062/093 del 26 de noviembre de 2010 de la Dirección del Trabajo, según el cual los servicios esenciales contenidos en el art. 380 inciso 1° del Código del Trabajo son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población, frente a lo cual la Comisión le observó que “la definición de los servicios con respecto a los cuales el presidente de la República puede ordenar la reanudación de faenas, va más allá de los servicios esenciales en el sentido estricto del término”.

dad de sustituir a los trabajadores en huelga”, además de manifestar inquietud porque “los servicios esenciales en que se puede prohibir la huelga no estén definidos con suficiente precisión en el artículo 384”.⁹⁸

8. RECOMENDACIONES

1. Promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia y por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile;
2. Eliminar la prohibición constitucional que recae sobre los funcionarios del Estado y de Municipalidades para ejercer el derecho de huelga;
3. Consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales en el sentido estricto del término de acuerdo a los estándares de la OIT;
4. Derogar el artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado que tipifica como delito la huelga realizada fuera del marco de la negociación colectiva reglada;
5. Derogar el artículo 254 del Código Penal que prevé sanciones penales en caso de interrupción de servicios públicos o de utilidad pública o de abandono de destino de los empleados públicos;
6. Derogar las normas estatutarias que prohíben a los funcionarios ejercer el derecho de huelga en cualquiera de sus modalidades lícitas, disponiendo la aplicación de medidas disciplinarias en caso de contravención;
7. Modificar los actuales criterios de focalización de la defensoría laboral, dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial, de modo que no quede lugar a dudas que deben obligatoriamente entregar asesoría y orientación y asumir la representación de sindicatos que no cuenten con asesoría particular, lo que incluye la presentación de denuncias por prácticas antisindicales en las que se exija no solo la tutela inhibitoria y reparatoria, sino también indemnizatoria;
8. Modificar las actuales instrucciones y procedimientos de la DT, de modo que se articulen en torno a la eficacia de las huelgas que se materialicen, lo que supone, a lo menos, eliminar todo obstáculo que lo impida, como el llamamiento a mediación obligato-

⁹⁸ Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), disponible en www.ohchr.org.

ria frente a una denuncia administrativa por reemplazo ilegal de huelguistas o la falta de oportunidad en obtener el retiro de los rompehuelgas. Debe también reasumir su facultad sancionadora contenida en el artículo 381, debidamente complementada con su facultad de interponer denuncias por prácticas antisindicales.

9. Generar instancias de formación y capacitación para los miembros del poder judicial que intervienen en la resolución de conflictos laborales, con el objeto que comprendan la estructura y dinámica del derecho colectivo del trabajo y los criterios de interpretación sostenidos por los órganos internacionales de control de la libertad sindical;
10. Promover una legislación de apoyo y soporte del sindicalismo que consagre un efectivo respeto a la autonomía sindical y al ejercicio del derecho de huelga, a fin de promover un cambio cultural para eliminar la connotación negativa y peyorativa que el derecho de huelga tiene de forma predominante entre los operadores jurídicos, clase política y medios de comunicación social.