

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ASOCIACIÓN CHILENA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ

© ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

Alameda 131, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 296.336, año 2018

Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de noviembre de 2018

IMPRESORES: Dinacofi Negocios Avanzados S.A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-2508-0



Asociación Chilena de
Derecho Constitucional

DERECHO A HUELGA

Gonzalo Aguilar Cavallo*

RESUMEN

Este artículo pretende examinar el derecho a huelga desde un enfoque de derechos, sus contornos, contenidos, límites y limitaciones a partir del examen de jurisprudencia seleccionada de la Corte Suprema de Chile. El examen de las sentencias mencionadas nos permitirá construir las fuentes, tanto internacionales como internas, así como los elementos y limitaciones de este derecho. El trabajo apunta a fundamentar la necesaria presencia de este derecho en el catálogo constitucional chileno, a partir del reconocimiento inicial de que él se encuentra indirectamente reconocido por nuestra Carta Fundamental.

I. INTRODUCCIÓN

Esta contribución se inserta en un libro homenaje al profesor Dr. Lautaro Ríos Álvarez. Durante mi vida académica he tenido la oportunidad de conocerlo y compartir con él en Seminarios y otros encuentros académicos. En todas las instancias que hemos coincidido he tenido la oportunidad de observar la calidad académica y humana del profesor Ríos Álvarez. Su jovialidad y horizontalidad han dejado un grato recuerdo, digno de alabanza, razón por la cual

* Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Máster en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Subdirector del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). gaguilar@utalca.cl



concurso con gran alegría a rendirle este homenaje a través de este modesto aporte.

La pregunta jurídica que guía la presente investigación consiste en determinar cuál debería ser el sentido y alcance del reconocimiento constitucional del derecho a la huelga como derecho fundamental. También nos formularemos una cuestión previa, pero que es de rápida respuesta. ¿Está el derecho a huelga reconocido en el ordenamiento jurídico constitucional chileno? ¿Cuáles son las enseñanzas y aprendizajes que podemos obtener del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional del trabajo y del derecho comparado?

Este artículo pretende examinar brevemente el derecho a huelga, su contenido, contornos, límites, sentido y alcance, abordando su fundamentación desde la perspectiva del bloque constitucional de derechos fundamentales, esto es, considerando las fuentes de orden internacional así como las fuentes de orden interno.

El método utilizado en este trabajo para arribar a las respuestas buscadas es el dogmático jurídico, usando la técnica de análisis documental, conjugado con el método comparado y el método de casos en las secciones que correspondan.

El artículo se encuentra dividido en dos grandes partes. La primera examinará algunos ejemplos jurisprudenciales de la Corte Suprema a propósito del derecho a huelga, la segunda abordará el contenido, contorno y restricciones al derecho a huelga.

II. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL DERECHO A HUELGA EN CHILE

Se podría afirmar que existe una opinión mayoritaria en el sentido de que la actual Constitución, en su sustrato axiológico, es el resultado del régimen y de la época que la vio nacer.¹ Desde la perspectiva de los derechos, las libertades individuales se encuentran bien reconocidas y protegidas mientras que los derechos, particularmente los sociales, o no aparecen, o aparecen en su arista libertaria, o bien, se encuentran defectuosamente reconocidos y/o no protegidos por una acción constitucional. Precisamente, estas últimas características son las que identifican al derecho a huelga. Estas mismas características son las que, contrastadas con el derecho internacional y comparado, reclaman una adecuación constitucional en la materia.

Nos parece interesante comenzar con la revisión de una juris-

¹ CAZOR ALISTE, KAMEL Y CORTÉS MORENO, GONZALO (2012), pp. 245-256; ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO (2017), pp. 428-448.



prudencia reciente, particularmente emanada de la Corte Suprema, donde se hace referencia a los derechos colectivos de los trabajadores, especialmente, al derecho a huelga. El análisis de esta jurisprudencia nos permitirá con posterioridad examinar cuáles son los principios, generalmente reconocidos en la jurisprudencia, que regirán este derecho fundamental.

En esta parte, queremos referirnos sucintamente a ejemplos chilenos sobre el derecho a huelga que ha conocido la Corte Suprema y que, a nuestro entender, podría bien constituir una manifestación de los procesos que representan las nociones de constitucionalismo global e *ius constitutionale commune interamericanum*. Aquí hablamos de *ius constitutionale commune*, porque los derechos humanos son entendidos como elementos básicos de carácter constitucional. A este respecto, cabe precisar que cuando aludimos a un común entendimiento de los derechos humanos, nos estamos refiriendo al piso mínimo de derechos, al estándar mínimo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

1. LA JURISPRUDENCIA EVOLUTIVA DE LA CORTE SUPREMA

El primer caso analizado corresponde a Inspección Comunal del Trabajo con Promolinks S.A. (caso Promolinks) sobre prácticas desleales y/o antisindicales en perjuicio del Sindicato de Trabajadores de Empresa Promolinks S.A., iniciado por la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente. En este caso, se declaró la efectividad de la práctica antisindical y se impuso una multa a la empresa Promolinks. En el contexto de una declaración de huelga, el empleador respondió "teemplazando" a algunos "dependientes en huelga; que lo hizo destinando a las labores a cargo de los protestantes, a otros dependientes suyos, situados normalmente en otras sedes o locales desde antes del comienzo del proceso de negociación colectiva". Con esto no solo se denunció una práctica antisindical, sino además una transgresión a la ley en materia de huelga. Los hechos fueron constatados por fiscalizadores de la Inspección Comunal del Trabajo de Santiago Sur Oriente (Rol N° 3.514-2014).

El segundo caso corresponde a Inspección Comunal del Trabajo con Carvajal Empaques S.A. (caso Carvajal Empaques) sobre prácticas desleales en la negociación colectiva, ya que el empleador, durante la negociación, reemplazó ilegalmente a trabajadores en huelga. El empleador sostuvo que no incurrió en este tipo de conductas, sino que simplemente redistribuyó y asignó de manera más eficiente sus limitados recursos, pero no contrató nuevos trabajadores (Rol N° 10.444-2014).



El tercer caso se refiere a "Fuentelba y otros con Ilustre Municipalidad de Tomé" (caso Municipalidad de Tomé), sobre prácticas antisindicales del empleador que atentan contra la libertad sindical, ya que se intentan aplicar medidas disciplinarias a dirigentes sindicales sin atender a su calidad de trabajadores y dirigentes de la asociación de funcionarios, y, por lo tanto, sin proporcionarles la protección a sus derechos que la Constitución y la ley les reconocen. La empleadora sostuvo que no se trataba de prácticas antisindicales, sino más bien de medidas disciplinarias racionales y proporcionadas derivadas de una legítima investigación sumaria que demostraron las irregularidades en el trabajo de que se les imputaba a los denunciados, y, además, que no se había demostrado ánimo de afectar la libertad sindical. (Rol N° 92.904-2016).

Por último, otro caso interesante para todos estos efectos es "Enfermeros del Hospital del Salvador con Hospital del Salvador" (caso Enfermeros), sobre descuentos aplicados a las remuneraciones por horas no trabajadas un día determinado luego de que un grupo de funcionarios se mantuvieron movilizados realizando pausas en sus actividades diarias como parte del ejercicio de una manifestación colectiva. El ausentismo se debió a un paro general organizado por la Asociación de Enfermeros del Hospital. El empleador consideró el ausentismo injustificado y estimó que, de conformidad con el Estatuto Administrativo, el descuento era procedente. La Corte Suprema revocó el fallo sólo respecto de tres funcionarios cuyo ausentismo no logró demostrarse, pero el Ministro Muñoz previno que se inclinaba por revocar la totalidad del fallo, respecto de todos los afectados, en virtud de las normas internacionales que reconocen y protegen la libertad sindical y, por tanto, la negociación colectiva y el derecho a huelga. (Rol N° 67.466-2016).

Tanto el caso Promolinks como el de Carvajal Empaques tratan de una situación de reemplazo de trabajadores en huelga con trabajadores internos de la misma empresa, sin contratar nuevos trabajadores. En estos casos, la Corte Suprema tuvo que razonar sobre la base de verificar si esta situación era vulneradora del derecho a huelga. El caso Municipalidad de Tomé se refiere a prácticas antisindicales que atentan en contra de la libertad sindical y como consecuencia, potencialmente, del derecho a huelga. Finalmente, el caso Enfermeros se refiere a descuentos a funcionarios por participar en un paro, los cuales, se afirma por un juez, atentan contra la libertad sindical y, por indivisibilidad contra el derecho a huelga. De manera muy interesante, la Corte Suprema incluye dentro de las prácticas desleales o antisindicales del empleador no sólo aquellas que atentan contra la libertad sindical, sino también todas aquellas "acciones u omisiones que transgreden la libertad colectiva,

especialmente aquellas que afecten la negociación colectiva, sus procedimientos y el derecho a huelga".² Veremos a continuación cuál fue el razonamiento del juez supremo, si recurrió o no al DIDH y al derecho comparado, y, si efectivamente recurrió, cómo lo hizo, en base a qué fundamentos, razonamientos y principios de interpretación.

Efectivamente, en el caso Promolinks, con fecha 4 de diciembre de 2014, la Corte Suprema de Chile, en un fallo dividido, 3 votos a favor y 2 en contra, se pronunció por rechazar el reemplazo de trabajadores en caso de huelga, ya sea reemplazados por trabajadores de la misma empresa o nuevos trabajadores contratados, fortaleciendo, de esta manera, el derecho humano a huelga. Lo que a nosotros nos interesa rescatar de aquí, de la argumentación que realiza la Corte Suprema, es el desarrollo del derecho humano a la huelga tomando como base un análisis contextual histórico, la aportación de los procesos de globalización social y económica y, sobre todo, la consideración del DIDH en el contexto de la realización de un control de convencionalidad. A partir de esta apertura jurídica de los jueces de la Corte Suprema, se ha podido avanzar un poco en la protección de los trabajadores en la relación laboral, por la vía del control de convencionalidad, adecuándose al estándar mínimo que el DIDH establece. Una sentencia similar pronunció la misma Corte Suprema, algunos meses más tarde, en el sentido de rechazar la posibilidad del reemplazo interno en casos de ejercicio del derecho a huelga. Este es el caso Carvajal Empaques del 29 de enero de 2015, en el que el fallo se acordó por 4 votos contra 1.

Primeramente, desde el enfoque conceptual, la Corte Suprema, tanto en Promolinks como en Carvajal Empaques, coincide en un concepto jurisprudencial de huelga, a saber:

Que, del mismo modo, se debe señalar que la huelga se conceptualiza como el rechazo de los trabajadores de una unidad productiva a prestar los servicios a que se encuentran obligados en circunstancias normales. Está regulada como variante de un proceso de negociación a cargo de un colectivo de dependientes legalmente organizados en sindicatos, ante el fracaso de las tratativas tendientes a la obtención de mejoras en sus derechos. Es universalmente concebida como la vía inevitable para impulsar el entendimiento inter partes, pues presupone como elemento de su esencia, sin el cual degenera en cosa distinta, el riesgo

² *Fuentelba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 3°.



del propietario, apremiado por la urgencia de reactivar el ente transitoriamente paralizado, contra su voluntad.

En directa conexión con lo anterior, en el caso Municipalidad de Tomé, la Corte Suprema define la libertad sindical, incluyendo dentro de su contenido la negociación colectiva y el derecho a huelga. En efecto, señala que "la libertad sindical está consagrada en el número 19 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y se puede definir como el derecho que asiste a todos los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafilarse de ellas, a darse su propia normativa, sin intervención de terceros; y, específicamente, el derecho al ejercicio de la actividad sindical por medio de aquellas acciones tendientes a la defensa y promoción de los intereses que le son propios, en particular, la negociación colectiva y el derecho a huelga".³

En nuestra opinión, en estos casos, el máximo tribunal del país, a través de su práctica jurisdiccional, efectúa un control de convencionalidad. En este sentido, lo más relevante de esta sentencia es que los jueces de la Sala Laboral se apoyan, para la justificación de su razonamiento, en el DIDH. Así, en el ámbito universal, se menciona la Carta Internacional de Derechos Humanos compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adicionalmente, la sentencia parece referirse a los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la OIT). En el ámbito regional, se menciona la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador en 1988. A propósito de este uso, como justificación de su argumentación, de fuentes internacionales en el juicio jurisdiccional, la Corte Suprema se refiere a una de las reglas de oro de la relación entre derecho internacional y derecho interno, refiriéndose al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

De este modo, la Corte Suprema nuevamente da lecciones de uso del plexo de fuentes formales del derecho internacional, en este caso, particularmente de las fuentes convencionales. Con todo, la Corte Suprema podría haber incrementado el uso de este tipo de fuentes en las que funda su decisión. ¿Qué le faltó a la Corte Suprema? Le

³ *Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 3°.

faltó referirse a una serie de instrumentos jurídicos internacionales que los Estados han suscrito o adoptado y que abordaremos en el epígrafe siguiente.

Finalmente, coincide con la visión antes expresada del constitucionalismo global, la toma en consideración, por los jueces de la Corte Suprema, de las aportaciones de los procesos de globalización social y económica. Así, esta Corte menciona, tanto en *Promolinks* como en *Carvajal Empaques*, que "[l]a escueta evolución del tratamiento del derecho a la huelga [...] revela que a partir de mediados del siglo XX la comunidad interamericana se compromete con el derecho a la huelga de los trabajadores; que impone a los Estados partes el deber de respetarlo; que lo privilegia con el halo de la irrenunciabilidad; y que prohíbe regularlo mediante leyes que terminen por abolirlo".

Entonces, ¿por qué, por regla general, no cabe el reemplazo en el contexto del ejercicio del derecho de huelga? La Corte Suprema, en el caso *Carvajal Empaques*, nos aporta una respuesta:

[A] producirse la referida sustitución se atenta contra la huelga acordada, en la medida que si existe la posibilidad de designar a otros trabajadores para que realicen las labores cuyo cometido corresponde a los huelguistas, la paralización por parte de estos deja de constituir la instancia necesaria para forzar un acuerdo con el empleador y, en mayor o menor grado, contraría el derecho a la asociación, garantizado constitucionalmente, desde que el objetivo perseguido a través de la organización o constitución de un sindicato se ve mermado ante la imposibilidad de ejercer en plenitud las finalidades del ente sindical.

Además, los jueces del máximo tribunal, aplicando el principio *pro homine*, reconocen el principio de la protección del contratante débil, en este caso, en la relación laboral. Esta se constituiría en la tendencia moderna de la Sala Laboral de la Corte Suprema y se pone en línea con las enseñanzas derivadas de un *ius constitucionalis commune interamericanum* y con el camino propio del constitucionalismo global.

Este razonamiento se encuentra en armonía con los estándares establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que han sido ratificados a través de la interpretación que se ha hecho de ellos por parte de los órganos autorizados. Así, por ejemplo, en su prevención el Ministro Muñoz señaló que respecto del artículo 9 mencionado, "se debe tener especialmente presente lo expresado por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT quienes sostienen que la libertad sindical, en sentido amplio, incluye

a la negociación colectiva y a la huelga".⁴ A este respecto, resulta interesante destacar que, en Carvajal Empaques, el voto disidente, realiza efectivamente un control de convencionalidad *lato sensu*, ya que no solo recurre al control de los instrumentos positivos internacionales, sino que además usa como parámetro la interpretación que de dichas convenciones internacionales ha realizado la Comisión de Expertos de la OIT. Aun cuando se puede discrepar de su posición, es interesante destacar cómo el control de convencionalidad puede ser esgrimido por los jueces nacionales para sostener posiciones opuestas.

Y, luego, en su conclusión, la Corte Suprema reconoce al derecho internacional de los derechos humanos, pero también a los elementos de contexto histórico, evolutivo, sociológico y sociocultural, como "fuentes" de su juicio jurisdiccional. Incluso, en esta conclusión, queda plasmada la relevancia del rol que juega el juez en un Estado constitucional democrático del siglo XXI y, como consecuencia, la importancia de su argumentación justificativa:

Al culminar el recorrido presentado en el razonamiento 9° de este documento, se constata que de las dos maneras de aprehender el sentido más profundo y holístico del discurso legal del tantas veces mencionado artículo 381 del Código del Trabajo, la balanza se inclina en favor del que cierra absolutamente las puertas a toda suerte de reemplazo de los trabajadores en huelga, aun, por cierto, el consistente en traer desde otros lugares de la misma cadena en conflicto, trabajadores que releven a los paralizados, conclusión ésta, que sin pretenderse invalidadora, de la postura plasmada en las sentencias de cotejo, es fruto del empleo consciente y responsable de las fuentes que alimentan el juicio jurisdiccional, para discernir con el mejor de los grados de acierto posible, cuál sea la línea que en asuntos tan importantes para la convivencia social convenga asuman los tribunales.

¿Por qué los casos de la Corte Suprema de Chile, mencionados precedentemente, constituyen un ejemplo de control de convencionalidad? Si aceptamos la premisa básica que el control de convencionalidad implica para los jueces nacionales –en una versión más ligera que la fórmula de la Corte IDH– la obligación de velar en el ámbito interno de los Estados por el respeto de las obligaciones convencionales que el Estado ha contraído, entonces, podríamos

⁴ *Enfermeros del Hospital del Salvador con Hospital del Salvador* (2016), Corte Suprema (Recurso de Protección), Rol N° 67.466-2016. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2017. Prevención Ministro Sr. Muñoz. Considerando 3°.

afirmar que lo que la Corte Suprema hace en estos casos es, *inter alia*, un control de convencionalidad.

Los casos reseñados sobre el derecho a huelga demuestran las potencialidades que presenta para la protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, la realización de un control de convencionalidad, y, por lo tanto, el uso, por parte de los jueces, de un enfoque dinámico y abierto al mundo global. En este caso, la Corte Suprema no solo ha aplicado, una vez más, el derecho internacional de los derechos humanos, sino que abre el Estado a la cooperación, asumiendo la senda del *ius commune interamericano* e insertándose en el contexto de un constitucionalismo global.

2. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y LA PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO

La Corte Suprema chilena recurre intensivamente en su argumentación, en los casos Promolinks, Carvajal Empaques y Municipalidad de Tomé, al derecho internacional de los derechos humanos e, incluso, al derecho internacional clásico, cuando se refiere a las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Si el juez nacional usa el derecho convencional internacional como parámetro de control y contraste con la norma interna, con el objeto de formar su razonamiento y alcanzar su decisión, entonces, el juez nacional estaría efectuando un control de convencionalidad. ¿Cuáles serían los instrumentos mencionados en los casos analizados?

Por el lado de los instrumentos jurídicos de *hard law* (derecho vinculante), hay que comenzar refiriéndose a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la OIT, adoptada originalmente en 1919, y en la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944, anexa a ella. Junto con lo anterior, se encuentran los convenios fundamentales que contienen el núcleo duro de los derechos humanos en el trabajo, tales como el Convenio 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la Organización Internacional del Trabajo; el Convenio 98 de 1949 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de la Organización Internacional del Trabajo; el Convenio 151 de 1978 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública; y el Convenio 154 de 1981 sobre la negociación colectiva de la Organización Internacional del Trabajo. En esta línea, la OIT ha sostenido que "[e]l derecho de huelga ha sido reconocido internacionalmente como un derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y como un corolario indisociable del derecho

de sindicación. Sin embargo, aún hay en todo el mundo millones de personas que no gozan de esos derechos, e incluso cuando éstos son reconocidos, siguen presentándose obstáculos para su aplicación". Por su parte, Bernard Gernigon, Alberto Otero y Horacio Guido han destacado entre los principios del derecho a huelga, por un lado:

[e]l reconocimiento con carácter general del derecho de huelga a los trabajadores del sector público y del sector privado. Solamente es admisible hacer excepciones de este derecho (o someterlo a restricciones importantes) respecto de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía, los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y los trabajadores de los servicios esenciales en el sentido estricto del término (aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población), o en situaciones de crisis nacional aguda.

En el caso *Enfermeros*, el Juez Muñoz recurrió al artículo 9 del Convenio N° 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.⁵ Respecto del nivel jerárquico del correspondiente Convenio N° 151 de la OIT, indicó que "por su carácter de tratado internacional y de conformidad al artículo 5° de la Constitución Política se incorporan a nuestro ordenamiento normativo bajo el rango suprallegal".⁶ A este respecto, la Corte Suprema, en el caso *Municipalidad de Tomé*, afirmó que estos instrumentos internacionales de derechos humanos, "al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Carta Fundamental, forman parte del denominado bloque de constitucionalidad".⁷

Y, luego, el Ministro Muñoz agregó que "en el presente caso los recurrentes al efectuar las pausas dentro de la jornada de trabajo estaban ejerciendo el derecho a huelga, que constituye un aspecto de la libertad sindical consagrada en el artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Política. Cabe agregar que este derecho fundamental debe

⁵ Artículo 9: "Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones".

⁶ *Enfermeros del Hospital del Salvador con Hospital del Salvador* (2016), Corte Suprema (Recurso de Protección), Rol N° 67.466-2016. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2017. Prevención Ministro Sr. Muñoz. Considerando 1°.

⁷ *Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 4°.

ser reconocido en relación a los funcionarios públicos –según lo dispuesto por el Convenio 151– de la misma forma que a los demás trabajadores [...]"⁸.

En el caso *Municipalidad de Tomé*, los jueces supremos fundan sus asertos sobre la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a huelga, en el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos. En efecto, señalan:

"Que, por lo tanto, las prácticas antisindicales están instituidas con la finalidad de tutelar la libertad sindical, derecho fundamental consagrado en la Constitución Política de la República y en la normativa internacional, a saber, en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica, en los artículos 1 a 10 del Convenio 87, en los artículos 1 a 4 del Convenio 98 y en los artículos 1, 4, 5 y 6 del Convenio 151, todos de la Organización Internacional del Trabajo [...]"⁹.

Por el lado de los instrumentos jurídicos de *soft law* (derecho no directamente vinculante), se podría haber recurrido a la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social de 1995. También, a la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998. Desde el punto de vista del constitucionalismo global y el papel de los derechos humanos, nótese la potente alusión al rol constitucional de la Organización y de los derechos fundamentales en el trabajo, afirmado por los Estados en el preámbulo de la Declaración: "Considerando que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer normas internacionales del trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales". Además, a la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, adoptada el 10 de junio de 2008. En el plano regional, la Corte Suprema podría, ciertamente, haberse apoyado en la Carta Social de las Américas, aprobada por

⁸ *Enfermeros del Hospital del Salvador con Hospital del Salvador* (2016), Corte Suprema (Recurso de Protección), Rol N° 67.466-2016. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2017. Prevención Ministro Sr. Muñoz. Considerando 4°.

⁹ *Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 4°.



la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 4 de junio de 2012.

Todos estos instrumentos jurídicos internacionales son bien conocidos por empleadores y trabajadores, y, por cierto, por los Estados, debido a que, por la composición tripartita de la OIT, los tres participan de los procesos de generación de estos instrumentos. De modo que, precisamente, lo que aquí sí hay es certidumbre y seguridad jurídica.

Y, además, los jueces del máximo tribunal recurren al derecho comparado, mencionando que Brasil, México, Colombia y Ecuador contienen normas prohibitivas del reemplazo de trabajadores en huelga. Así, agrega, "la instauración del 'rompehuelgas' se encuentra prohibida en el Código del Trabajo francés -artículo 124/2/3-, la Ley de Huelga portuguesa -artículo 6º-, el Decreto Reglamentario de la Ley del Trabajo española -artículo 6.5- y otros de la zona europea". El recurso al derecho comparado en la materia constitucional, y especialmente de derechos fundamentales, sería un elemento identificador del constitucionalismo global y del proceso de construcción de un *ius commune* basado en los derechos humanos.

Por último, en el caso Municipalidad de Tomé, la Corte Suprema, asumiendo la doctrina Nogueira, indica conforme a qué principios deben ser interpretados los derechos fundamentales a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga. En efecto, se señala lo siguiente:

"por lo que la interpretación de las normas internas referidas al derecho de que se trata debe efectuarse a la luz del principio de progresividad, favor persona o *pro homine*, que postula que se debe aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos. En caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan".¹⁰

Por otra parte, y en particular, en relación con el Convenio N° 87 de 1948 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sin-

¹⁰ *Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 4°.

dicación de la OIT y la posibilidad de restringir este derecho, cabe señalar que el Tribunal Constitucional chileno, en una decisión que arrojó un empate, en el voto de cinco jueces por acoger el recurso, se afirmó -correctamente a nuestro modo de ver- que la prohibición para ejercer el derecho de sindicación y gozar de todas las facultades que otorga la libertad sindical exigía una interpretación restrictiva, "puesto que obliga al intérprete a verificar hasta qué punto se han de aplicar las reglas excepcionales del convenio".

III. EL CONTENIDO, CONTORNOS Y RESTRICCIONES AL DERECHO A HUELGA

En esta sección pretendemos abordar la cuestión de cuál es la conceptualización del derecho a huelga y cuáles serían sus fuentes, tomando siempre como consideración inicial que el enfoque aquí adoptado corresponde al enfoque de derechos y a la noción del bloque constitucional de derechos fundamentales.

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO A HUELGA?

Desde el punto de vista doctrinario, no hay una definición única generalmente aceptada. El INDH alude a la huelga como "una expresión colectiva cuya fuerza se centra justamente en la posibilidad de afectar la producción".¹¹ Incluso se pone en duda la conveniencia de formular una definición del derecho a huelga debido a que esta definición podría implicar reducir las posibilidades de ejercicio del derecho a huelga. Los comentaristas señalan que algunos sugerirían que fueran los propios sindicatos a través de su ejercicio práctico quienes fueran llenando de contenido y por tanto de significado el derecho a huelga mismo.¹²

Con todo, como se verá, desde el punto de vista del derecho comparado, si se revisan algunas legislaciones nacionales, es posible extraer algunos elementos comunes que tienden a aparecer en las definiciones legales. En este concepto, la huelga alude a una acción

¹¹ INDH: Informe complementario del Informe de Cumplimiento del Estado, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), marzo de 2014, par. 32.

¹² WAAS, BERND (2012), *Strike as a Fundamental Right of the Workers and its Risks of Conflicting with other Fundamental Rights of the Citizens*. XX World Congress, Santiago de Chile, September 2012, General Report III. Disponible en: <http://isls.org/wp-content/uploads/2013/01/Strike-Waas.pdf> [Visitado el 18/10/2017]



colectiva o movilización de los trabajadores para la defensa de sus intereses o bien en caso de conflicto de intereses con las otras partes en la relación de trabajo y la ley debe prever que su goce sea efectivo. En el fondo, la huelga alude a una facultad de los trabajadores de suspender o paralizar sus actividades para la defensa de sus derechos, o bien, para emprender acciones colectivas para la defensa de sus intereses en caso de conflicto y para promover mejores condiciones de empleo. El derecho a huelga debe ejercerse en armonía con el interés social.

a) *El derecho a huelga es un derecho humano fundamental en el ámbito constitucional*

El derecho a huelga es un derecho fundamental, considerando la posición que debería tener en el orden jurídico interno y la protección constitucional respectiva, es decir, a través de un recurso o acción especial de carácter constitucional que sea rápida, breve y eficaz. Al mismo tiempo, el derecho a huelga es un derecho humano porque ha sido reconocido como tal en los principales instrumentos internacionales de esta naturaleza, ya sea instrumentos generales de derechos humanos o propiamente del ámbito de los derechos de los trabajadores.

b) *El derecho a huelga es un derecho fundamental de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

En efecto, el derecho a huelga, en conjunto con el derecho a la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, forman parte de la tríada elemental en materia de los derechos colectivos del trabajo y de los principios fundamentales del trabajo de la OIT. Los derechos fundamentales en el trabajo, se enuncian en los denominados Convenios fundamentales y en otras normas de la OIT. Se ha sostenido que "todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales en el trabajo, y la OIT tiene la consiguiente obligación de ayudar a sus Miembros en este empeño".¹³

¹³ OIT (2012), *Principios y derechos fundamentales en el Trabajo: del compromiso a la acción*. OIT, Ginebra, 2012. Doc. OIT ILC.101/VI. Conferencia Internacional del Trabajo, 101a reunión, 2012, par. 16.

c) *El derecho a huelga es un derecho de carácter social*

Sin lugar a duda el derecho a huelga es un derecho social. Esta afirmación requiere una precisión en el sentido de que no habría que confundir o, más bien, fundirse el concepto de derecho social con el de derecho prestacional. El derecho a huelga es un derecho social pero no prestacional. Asimismo, no habría que confundir el derecho social con el concepto de derechos colectivos. El derecho a huelga es un derecho social pero de titular individual y de ejercicio colectivo. El titular del derecho a huelga es el individuo, pero para ejercer este derecho, el individuo trabajador va a requerir del concurso de otro u otros trabajadores concertados para tal efecto.

Por otra parte, el derecho a huelga se identifica con un derecho social ya que opera en el contexto de los derechos de los trabajadores, es un medio que aspira a lograr la justicia social y tiene por objeto realizar fines propiamente sociales, como la mejora en las condiciones de trabajo y de remuneración de los trabajadores.

d) *El derecho a huelga es un derecho de carácter colectivo, esto significa un derecho de ejercicio colectivo*

En este sentido, el INDH señala, por ejemplo, que en "Chile el sistema de relaciones laborales privilegia el reconocimiento y ejercicio de derechos individuales en desmedro de los aspectos colectivos, principalmente en materia de libertad sindical, negociación colectiva y el derecho a huelga".¹⁴

e) *El derecho a huelga es un derecho esencial para el funcionamiento del sistema de protección colectiva de los derechos de los trabajadores*

La finalidad perseguida por el derecho a huelga siempre tiene una connotación colectiva. Es claro que esa finalidad puede ser social y/o económica, relacionada con los intereses de los trabajadores. Es claro que los conflictos de interés en materia social y económica, al final del día, y sobre todo, dependiendo quizás del nivel al que se produzca la huelga -federaciones o confederaciones de trabajadores-, esos conflictos de interés tendrán una connotación o representarán una inquietud en el seno de la convivencia de la sociedad. En consecuencia, serán temas de debate político-social. En el caso Enfermeros, el Ministro Muñoz ha sostenido que el paro de actividades que realizan

¹⁴ INDH (2014), ob. cit., par. 27.

los funcionarios era motivado "en una mejora de sus condiciones laborales".¹⁵ En el caso Municipalidad de Tomé, la Corte Suprema sostiene que la libertad sindical, y por tanto, la huelga, puede perseguir "la defensa y promoción de los intereses que le son propios" a los trabajadores y funcionarios.¹⁶ En este sentido, el INDH alude a "las herramientas colectivas de actuación como mecanismo efectivo de defensa de los derechos legalmente reconocidos".¹⁷

f) *El derecho a huelga es un derecho inextricablemente unido a otros derechos colectivos en el ámbito del trabajo, tales como el derecho de sindicación y el derecho a la negociación colectiva. Estos dos últimos derechos fundamentales, sin el derecho a huelga, pierden todo su sentido y no satisfacen el objeto y fin perseguido por los mismos*

Los Estados reconocen que el derecho a huelga se encuentra inextricablemente unido al derecho de asociación en materia laboral.¹⁸ En efecto, en el contexto de la OIT, una declaración del Grupo de Gobiernos señaló en 2015 que "reconocen que el derecho a huelga está relacionado con la libertad de asociación, la cual es un principio fundamental, y el derecho al trabajo de la OIT. El Grupo de Gobiernos reconoce específicamente que si no se protege el derecho a huelga, la libertad de asociación [en el trabajo], en particular el derecho a organizar actividades con el propósito de promover y proteger los intereses de los trabajadores, no puede alcanzar un goce pleno".¹⁹ En

¹⁵ *Enfermeros del Hospital del Salvador con Hospital del Salvador* (2016), Corte Suprema (Recurso de Protección), Rol N° 67.466-2016. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2017. Prevención Ministro Sr. Muñoz. Considerando 4°.

¹⁶ *Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 3°.

¹⁷ INDH (2014), ob. cit., par. 27.

¹⁸ En este sentido, conviene recordar que en Chile la "tasa de sindicalización mantiene la tendencia a la baja, pasando de 15,1% en 1991 a 11,7% en 2010. En 94,9% de las empresas no existe organización sindical; en aquellas que registran tener, casi un 25% tienen dos o más sindicatos. Las tasas más altas de sindicalización se hallan en la minería (22,2%), suministros de agua, gas y electricidad (22,3%), enseñanza (23,8%) y servicios sociales y de salud (22,6%), mientras que los sectores con tasas más bajas son hotelaría y restaurantes (0,8%), construcción (1,9%) y comercio al por mayor y menor (2,6%)". INDH (2014), ob. cit., par. 28.

¹⁹ OIT (2015), *Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (N° 87), in relation to the right to strike and the modalities and practices of strike action at national level*. Geneva, 23-25 February 2015. Doc. TMEAPROC/2015/2. Appendix II, Government Group Statement, (23/2/2015), par. 4.

efecto, el Comité de Expertos ha sostenido que el derecho a huelga deriva del "derecho de las organizaciones sindicales a organizar sus actividades en total libertad y a formular sus programas. Además, ha indicado que este derecho incluye, en particular, el derecho a mantener reuniones de la organización sindical, el derecho de los representantes de la organización sindical a tener acceso a los puestos de trabajo y a comunicarse con la gerencia, a ciertas actividades políticas de las organizaciones, al derecho a huelga, y en general, a cualquier actividad involucrada en la defensa de los derechos de sus miembros".²⁰

Esto último se puede desprender de todos los casos antes analizados, particularmente, *prístino*, resulta el fallo del caso Municipalidad de Tomé.²¹

g) *El derecho a huelga puede ser regulado por el legislador y el constituyente, pero estas autoridades se encuentran limitadas, en su capacidad regulativa, por ciertas condiciones mínimas que el derecho siempre debe poseer*

Así, por ejemplo, en primer lugar, las condiciones que la ley impone para su ejercicio deberían ser razonables. En este sentido, se ha sostenido también que "las condiciones que deben ser satisfechas de acuerdo con la ley para que la huelga sea legal deberían ser razonables y en cualquier caso no de tal envergadura que impongan una limitación substancial sobre los medios de acción abiertos y permisibles para las organizaciones sindicales".²²

Asimismo, se ha definido que para que tenga solvencia el derecho a huelga, "la protección apropiada debería ser otorgada a los líderes y trabajadores sindicales contra medidas que pueden ser adoptadas en su contra (despidos u otras sanciones) por organizar y participar en huelgas pacíficas y legales".²³

h) *Visión restrictiva de las limitaciones al derecho a huelga*

Las restricciones al derecho a huelga deben ser las mínimas que permite el derecho internacional de los derechos humanos para

²⁰ OIT (2003), *Fundamental rights at work and international labour standards*. Geneva, International Labour Office, p. 15.

²¹ *Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé* (2016), Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017. Considerando 3°.

²² OIT (2003), ob. cit., p. 15.

²³ OIT (2003), ob. cit., p. 15.



satisfacer el estándar mínimo y las restricciones al derecho a huelga deben ser interpretadas restrictivamente de acuerdo con el principio *pro homine*, con el fin de evitar la afectación del contenido esencial del derecho, así como los derechos conexos con la huelga.

En el contexto de la OIT se ha afirmado que "dentro de los comentarios que se han formulado por los Estados en el período 2000-2001 respecto de las restricciones excesivas (*sic*) sobre varios aspectos del derecho a huelga se encuentran los siguientes: la prohibición de este derecho para funcionarios públicos distintos de aquellos que ejercen y toman decisiones de autoridad en nombre del Estado, la imposición de arbitraje forzoso, la denegación del derecho a huelga para las federaciones y confederaciones, y la imposición por el gobierno de servicios mínimos sin consultar a las partes involucradas".²⁴

i) La tutela judicial efectiva

El derecho a huelga es de tal relevancia que debería estar amparado por el recurso de protección. Sin perjuicio de ello, el derecho a huelga, el cual se encuentra implícitamente reconocido a nivel constitucional, está cubierto por lo dispuesto en el artículo 25 de la CADH en el sentido de gozar de un recurso que lo proteja, que sea sencillo, rápido y eficaz. Esta es la dimensión procesal del derecho humano.

2. ¿CUÁLES SON LAS FUENTES DEL DERECHO A HUELGA?

Nuestro análisis de las fuentes del derecho humano a la huelga se inspira de la visión derivada del bloque constitucional de derechos fundamentales, el cual constituye un sistema de fuente múltiple. En consecuencia, de manera general, en esta parte abordaremos el examen de las fuentes constitucionales, por un lado, y de las fuentes internacionales, por otro lado.

a) Fuente constitucional

En esta sección pretendemos proporcionar una visión general acerca de la regulación constitucional del derecho humano a huelga, tanto desde el punto de vista del derecho constitucional nacional, como desde la perspectiva del derecho comparado positivo.

²⁴ *Ibíd.*, p. 19.



i. La Constitución chilena

Esta parte conviene comenzarla citando el Informe Complementario del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) respecto de Chile. En efecto, el INDH señala que "[e]l derecho a huelga no está reconocido explícitamente en la Constitución. En efecto se trata de un derecho que de manera implícita se contiene en la carta fundamental al señalarse las situaciones en las que no procede la huelga. Por una parte, el Código del Trabajo (art. 381) permite que el empleador reemplace a los/las trabajadores/as en paro lo que resta poder a esta herramienta de presión. El INDH ha señalado que la huelga es una expresión colectiva cuya fuerza se centra justamente en la posibilidad de afectar la producción; si la empresa puede seguir funcionando a pesar de la huelga, las demandas pierden fuerza a la luz de una negociación (INDH, 2011). Por otra parte, el ejercicio de la huelga está penalizado para los/as funcionarios/as públicos/as (art. 254 del Código Penal). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) de la OIT recomendó al Estado derogar esta disposición y sólo mantener una restricción respecto de los/as funcionarios/as públicos/as que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado".²⁵ Como se puede apreciar a este respecto, el derecho humano a huelga no aparece reconocido explícitamente en la Constitución chilena.

En efecto, la Constitución chilena sólo efectúa un reconocimiento negativo del mencionado derecho, indicando los casos en los que el ejercicio de este derecho se encuentra prohibido. Así, el artículo 19 N° 16 inciso 6° de la Constitución señala lo siguiente:

"No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso".

Cabe destacar que esta referencia al derecho a huelga en el artículo 19 N° 16 viene después del N° 15, en el cual se consagra el derecho de asociación. ¿Por qué tiene relevancia? Porque el derecho a huelga se ejerce por un titular colectivo que ha sido el resultado del derecho de asociación. Como regla general, el titular del derecho

²⁵ INDH (2014), ob. cit., par. 32.



a huelga es el sindicato, el cual constituye una manifestación en el ámbito del trabajo del derecho de asociación.

Aun cuando no tiene su sede en la Constitución, bien vale la pena recordar que el derecho a huelga aparece regulado en el Código del Trabajo, en el Título IV denominado El Procedimiento de Negociación Colectiva Reglada. El Código del Trabajo prevé en el Capítulo VI de este Título el Derecho a Huelga.²⁶

ii. Derecho comparado

En esta parte revisaremos las principales constituciones sudamericanas. Nos queremos concentrar en las constituciones sudamericanas por tres motivos principales: 1) porque el contexto socio-histórico y cultural en el que han sido dictadas es muy similar y guarda grandes similitudes; 2) porque existe no sólo una cercanía cultural, sino también geográfica que permite que la circulación de las ideas entre estas comunidades influya positivamente, y 3) porque se trata de constituciones que responden, por regla general, al constitucionalismo contemporáneo, que será el contexto en el cual se tendrá que razonar en el caso de la nueva Constitución para Chile. La constituciones que se revisan son abordadas siguiendo un orden cronológico. Como se observará, a partir de la lectura de los textos constitucionales es posible extraer valores y principios constitucionales comunes en torno al derecho a la huelga, como por ejemplo, que el derecho a huelga aparece reiteradamente reconocido en forma expresa en los órdenes constitucionales sudamericanos.

La Constitución de Colombia de 1991 consagra el derecho a huelga en su artículo 56.²⁷ En el caso de la Constitución de Paraguay, se reconocen tanto derechos sindicales como el derecho de huelga, en los artículos 96 y 98.²⁸ La Constitución de Perú, de 1993, en sus artículos 26 y 28, también reconoce muy bien los derechos colectivos del trabajo, entre los cuales, se cuenta el derecho a huelga.²⁹ En el caso de la Constitución argentina, en el artículo 14 bis, el derecho a huelga se regula expresamente dentro del contexto de los derechos de los trabajadores.³⁰ Por otra parte, la Constitución de Uruguay, en su artículo 57, reconoce también el derecho a huelga dentro

²⁶ *Vid.* Ley de reforma laboral 20.940, del 8 de septiembre de 2016.

²⁷ Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 39, 55, 56.

²⁸ Constitución Nacional de la República de Paraguay de 1992, arts. 96 y 98.

²⁹ Constitución Política del Perú de 1993, arts. 26 y 28.

³⁰ Constitución de la Nación Argentina reformada en 1994, art. 14 bis.

de los derechos colectivos de los trabajadores.³¹ La Constitución ecuatoriana de 2008, en los artículos 325 y 326, contempla una interesante regulación del derecho a la huelga, siempre en conexión con el derecho al trabajo.³² Por su lado, la Constitución boliviana de 2009, en los artículos 51 y 53, reconoce los derechos colectivos del trabajo, incluyendo el derecho a huelga.³³

b) Fuente internacional

La OIT ha sostenido que "[l]os principios y derechos fundamentales en el trabajo son también reconocidos como derechos humanos en otros fuentes de derecho internacional".³⁴ Nuestro análisis de las fuentes internacionales del derecho a huelga revisará tanto los instrumentos jurídicos internacionales vinculantes (*hard law*) como los instrumentos internacionales no directamente vinculantes pero que pueden llegar a ser vinculantes para los Estados y que contribuyen para determinar los estándares mínimos.³⁵

i. *Hard law*

La Carta Internacional de Derechos Humanos reconoce directa e indirectamente el derecho a huelga como un derecho fundamental.³⁶ Como se sabe, la Carta Internacional de Derechos Humanos está compuesta de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

³¹ Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 reformada hasta el 2004, art. 57.

³² Constitución de la República de Ecuador de 2008, arts. 325 y 326.

³³ Constitución del Estado Plurinacional del Estado de Bolivia de 2009, arts. 51 y 53.

³⁴ OIT (2012), ob. cit., par. 17.

³⁵ AGUILAR CAVALLIO, GONZALO (2015), pp. 23-63.

³⁶ "El Sistema Universal sentó sus bases con la Carta Internacional de Derechos Humanos, integrada por la Declaración Universal y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales. Se ha estructurado con otros tratados internacionales, con los que se busca proteger los temas prioritarios en materia de derechos humanos a nivel mundial y que versan sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de discriminación contra la mujer; la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; los derechos del niño; los trabajadores migratorios y sus familiares; las personas con discapacidad, y la protección de todas las personas relacionadas con desapariciones forzadas". BARRENA, Guadalupe (2012), p. 11.



La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 23, contiene una referencia al derecho de sindicación, vinculado al derecho a huelga. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, reconoce en su artículo 22, el derecho de asociación y de sindicación. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, establece en su artículo 8, el derecho a fundar sindicatos y el derecho a huelga.

Desde la perspectiva regional de los derechos humanos, el derecho a huelga ha sido reconocido en diversos tratados de derechos humanos. En primer lugar, en el ámbito europeo, la Carta Social Europea (revisada) de 1996, reconoce una serie de derechos de carácter social en sentido amplio (vivienda, salud, educación, empleo, etc.), con el "objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social".³⁷ Entre estos derechos se encuentra el derecho a huelga, en el artículo 6 (4). En el contexto regional africano, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 es el gran instrumento protector de los derechos de los individuos y de los pueblos. Este instrumento tiene la virtud de ser un tratado de derechos humanos en el que se incorporan tanto derechos individuales como colectivos. Además, tiene la virtud de ser un instrumento en el que confluyen derechos civiles y políticos, así como derechos sociales en sentido amplio. Sin perjuicio de ello, tal como señala Rkhoua, "anotamos que el catálogo es claramente deficitario por cuanto deja fuera una serie de derechos que, si bien su realización supondría un elevado costo para las arcas del Estado, su mera mención podría animar a los poderes públicos africanos a hacer esfuerzos para la mejora progresiva de las condiciones de vida de los ciudadanos. Se trata principalmente de los derechos sindicales, del derecho de huelga, a la negociación colectiva, a un nivel de vida suficiente, a la seguridad alimenticia, a la seguridad social y a beneficiarse de los servicios sociales y el derecho de los trabajadores extranjeros y de sus familias".³⁸ Más relevante aun, es, en la esfera regional americana, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado "Protocolo de San Salvador", adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 17 de noviembre de 1988, cuyo artículo 8° 1 (b) reconoce expresamente el derecho a huelga.

Por otra parte, el derecho a huelga es reconocido muy especialmente en el ámbito especializado del derecho internacional del

³⁷ La Carta Social Europea fue abierta a la firma en Turín el 18 de octubre de 1961 y luego fue sustituida gradualmente por la Carta Social Europea revisada en 1996 y que entró en vigor en 1999.

³⁸ Rkhoua, ABDELHAMID ADNANE (2012), pp. 31-54, especialmente, p. 44.

trabajo, a través de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Nos estamos refiriendo al Convenio N° 87 de 1948 y al Convenio N° 98 de 1949. Estos Convenios son comprendidos dentro de los tratados fundamentales de la OIT.³⁹

En el caso del Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, el instrumento internacional protege estos aspectos del derecho, especialmente en el artículo 3. De acuerdo con el Comité de Expertos, aun cuando el derecho a huelga no está explícitamente mencionado en el Convenio N° 87, deriva del artículo 3, el cual establece el derecho de las organizaciones para organizar sus actividades y para formular su programa de acción.⁴⁰ El artículo 9 es interesante porque consagra el principio *pro homine* en materia de libertad sindical. Mientras que el artículo 10 deja claro que el objetivo de las organizaciones sindicales es "fomentar y defender los intereses de los trabajadores".

Por su lado, el Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, reconoce el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva que son dos de los derechos colectivos fundamentales del Trabajo, artículos 1, 4, y 5. Del mismo modo que ocurre en el Convenio N° 87, el artículo 5 del Convenio N° 98 consagra el principio *pro homine* en materia de derecho de sindicación y negociación colectiva. Además de estos Convenios de la OIT, la huelga aparece mencionada en el Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957. Este instrumento prohíbe toda forma de trabajo forzado u obligatorio como medio de sanción por haber participado en una huelga (art. 1 d).⁴¹

Por último, se puede mencionar el Acuerdo de cooperación en el trabajo de Norteamérica, entre el gobierno de Estados Unidos, el gobierno de Canadá y el gobierno de México, el cual fue firmado en 1993, y en su Anexo 1 incluye los "Principios Laborales", comprendiendo la "protección de los derechos de los trabajadores a la huelga en orden a defender sus intereses colectivos".⁴²

ii. *Soft law*

La Declaración de Filadelfia de 1944 ya intentó cimentar los primeros pasos formales en materia de derechos fundamentales en el trabajo.

³⁹ OIT (2002): *Los Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2002, pp. 9-24.

⁴⁰ OIT (2003): ob. cit., p. 20.

⁴¹ OIT (2004): *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail*. Genève, Bureau International du Travail, p. 12.

⁴² WAAS, BERND (2012), ob. cit.

Cabe mencionar, en segundo lugar, y muy relevante, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y los Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998. Esta "Declaración compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes. Estas categorías son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación".⁴³ En particular los Estados de América, en el año 2012, a través de la Carta Social de las Américas, señalaron que "[e]l respeto de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, de 1998, ayuda a fomentar una fuerza de trabajo de calidad que impulsa el progreso económico y social, crecimiento sostenido y equilibrado y la justicia social para los pueblos del hemisferio".⁴⁴

En tercer lugar, la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, de 2008. En esta Declaración los Estados partes reconocen el papel crucial para alcanzar la justicia social de un trabajo decente, para lo cual promueven entre sus objetivos estratégicos los principios y derechos fundamentales en el trabajo, dentro de los cuales se encuentra la libertad sindical, e incluye, negociación colectiva y huelga.⁴⁵

La huelga también aparece referida en la Recomendación N° 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntario de 1951. Esta Recomendación invita a no recurrir a la huelga durante la vigencia de los procedimientos de conciliación o de arbitraje (par. 4 y 6) y precisa que "ninguna de las disposiciones de esta Recomendación podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga" (par. 7).⁴⁶

⁴³ Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, el 15 de junio de 2010). Disponible en: <http://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm> [Visitada el 2/11/2017]

⁴⁴ La Carta Social de las Américas adoptada en la segunda sesión plenaria de la XLII Asamblea de la Organización de los Estados Americanos (OEA), por los Ministros de Relaciones Exteriores del hemisferio, llevada a cabo en Cochabamba, Bolivia, en 2012. (Art. 3).

⁴⁵ Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm [Visitada el 2/11/2017]

⁴⁶ OIT (2004): ob. cit., p. 12.

Desde un punto de vista regional, cabe sobre todo tener presente la denominada Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, adoptada en Rio de Janeiro en 1947, y aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, en cuyo marco se adoptó la propia Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Es muy relevante señalar que este instrumento internacional americano incluye como objetivo principal "declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables".⁴⁷ Aquí se encuentra reconocido no sólo el principio del estándar mínimo, sino también, el principio *pro homine* en materia del trabajo. Y, además, se indica en la Carta que "los fines del Estado no se cumplen con el solo reconocimiento de los derechos del ciudadano, sino que también el Estado debe preocuparse por la suerte de hombres y mujeres, considerados ya no como ciudadanos sino como personas" y como consecuencia debe garantizar "simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social".⁴⁸ Para los propósitos de este trabajo, es necesario recalcar que el derecho a huelga es reconocido en la Carta antes mencionada en el artículo 27 que reza como sigue: "Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio".⁴⁹

IV. REFLEXIONES FINALES

En este trabajo, a través de trascendentes casos jurisprudenciales nacionales sobre el derecho humano a la huelga, hemos intentado mostrar las dificultades que plantea el actual diseño constitucional para asegurar el pleno goce del derecho mencionado. A partir de los ejemplos jurisprudenciales aludimos a las reglas y principios generales que regulan el derecho a huelga, tanto desde la perspectiva internacional como constitucional y comparada.

⁴⁷ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948, artículo 1°.

⁴⁸ La OEA y la evolución del sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Introduccion.htm> [2/11/2017]

⁴⁹ WAAS, BERND (2012), ob. cit.



La jurisprudencia es crucial en materia de derechos económicos, sociales y culturales como en el derecho a huelga. Así, por ejemplo, "las normas de derechos humanos (incluidos los derechos económicos y sociales) van definiéndose con claridad cada vez mayor tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Los tribunales de muy diversos países y ordenamientos jurídicos, como los de la Argentina, la República Dominicana, Finlandia, la India, Letonia, Nigeria y Sudáfrica, han estado dando significado a las obligaciones asociadas [...] a los derechos de los trabajadores. [...] Los buenos resultados obtenidos en esos casos pueden atribuirse en gran medida al hecho de que las estrategias de litigación se integraron en procesos de movilización social más amplios".⁵⁰

Primeramente, estos casos son relevantes porque en el, actualmente disminuido, catálogo constitucional chileno de derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a huelga casi no figura. Pero, además, estos casos son destacables, puesto que en nuestra opinión son ejemplos de control de convencionalidad realizado por la Corte Suprema respecto del derecho a huelga. En efecto, en estas sentencias, la Corte Suprema contrasta la norma legal y constitucional con las normas convencionales vinculantes para el Estado. A partir de las disposiciones convencionales, e interpretando las normas legales conforme a las dichas normas, la Corte concluye el estándar mínimo en materia de derecho a huelga, y concluye que el reemplazo de trabajadores en huelga, ya sea por otros de la misma empresa o nuevos contratados, no procede. La realización del control de convencionalidad por parte de la Corte Suprema en los referidos casos del derecho a huelga se inserta, en nuestra visión, en la línea de construcción de un sistema integrado y coherente de derechos humanos y, por esta vía, en cuanto normas de carácter constitucional, en un *ius constitutionale commune* y un constitucionalismo global.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Obras citadas

AGUILAR CAVALLLO, GONZALO (2015), "El Tribunal Constitucional chileno frente a la jurisdicción militar", en *Revista de Derecho*, año 22, núm. 1, pp. 23-63.
BARRERA, GUADALUPE (2012), *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

⁵⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Ginebra: Naciones Unidas, 2006, p. 3.

CAZOR ALISTE, KAMEL y CORTÉS MORENO, GONZALO (2012), "Las definiciones teóricas y dogmáticas del derecho de huelga en Chile", en AGUILAR CAVALLLO, GONZALO (Coord.): *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*. (Santiago de Chile: Librotecnia), pp. 245-256.

RKIOUA, ABDELHAMID ADNANE (2012), "Los derechos sociales en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos", en LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales, núm. 1, pp. 31-54.

WAAS, BERND: "Strike as a Fundamental Right of the Workers and its Risks of Conflicting with other Fundamental Rights of the Citizens". XX World Congress, Santiago de Chile, September 2012, General Report III. Disponible en: <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Strike-Waas.pdf>. [Vistado el 18/10/2017]

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2017), "La huelga como hecho social y como derecho fundamental", en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO y AGUILAR CAVALLLO, GONZALO: *Los derechos sociales y su fundamentación en perspectiva de cambio constitucional*. (Santiago de Chile: Editorial Triángulo), pp. 428-448.

Jurisprudencia citada

Fuentealba y otros con Municipalidad de Tomé (2017): Corte Suprema (Recurso de Unificación), Rol N° 92.904-2016. Sentencia de fecha 6 de abril de 2017.
Enfermeros del Hospital del Salvador con Hospital del Salvador (2017): Corte Suprema (Recurso de Protección), Rol N° 67.466-2016. Sentencia de fecha 2 de febrero de 2017. Prevención Ministro Sr. Muñoz.

Documentos y normas jurídicas

BIT: *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail*. Genève, Bureau International du Travail, 2004.
Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.
Constitución del Estado Plurinacional del Estado de Bolivia de 2009.
Constitución de la Nación Argentina reformada en 1994.
Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967 reformada hasta el 2004.
Constitución Nacional de la República de Paraguay de 1992.
Constitución de la República de Ecuador de 2008.
Constitución Política de Colombia de 1991.
Constitución Política del Perú de 1993
Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 (Anexo revisado,

el 15 de junio de 2010). Disponible en: <http://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm> [Visitada el 2/11/2017]

Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/WCMS_099768/lang-es/index.htm [Visitada el 2/11/2017]

ILO: *Fundamental rights at work and international labour standards*. Geneva, International Labour Office, 2003.

INDH: Informe complementario del Informe de Cumplimiento del Estado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), marzo de 2014.

International Labour Organization: *Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (N° 87), in relation to the right to strike and the modalities and practices of strike action at national level*. Geneva, 23-25 February 2015. Doc. TMEAPROC/2015/2. Appendix II, Government Group Statement, (23/2/2015)

La OEA y la evolución del sistema interamericano de derechos humanos. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Introduccion.htm> [2/11/2017]

Ley de Reforma Laboral N° 20.940, de 8 de septiembre de 2016.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Ginebra: Naciones Unidas, 2006.

OIT: *Los Convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT, 2002, pp. 9-24.

OIT: *Principios y derechos fundamentales en el Trabajo: del compromiso a la acción*. OIT, Ginebra, 2012. Doc. OIT ILC.101/VI. Conferencia Internacional del Trabajo, 101a reunión, 2012.

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Dra. María Angélica Benavides*

I. INTRODUCCIÓN

El profesor Lautaro Ríos ha desarrollado una profunda y prolífica doctrina en relación al control de constitucionalidad, que ha innegablemente abonado el terreno para la discusión jurídica con elementos sólidos, argumentos consistentes y rigurosidad académica.

Desde una perspectiva que no pretende ser más que el compartir algunas reflexiones,¹ abordaré ideas sobre el control de constitucionalidad posterior concreto de los tratados internacionales en materia de DDHH en el sistema jurídico chileno. Entendido éste como la des aplicación de los efectos contrarios a la Constitución, teniendo en consideración el objetivo constitucional de protección, tanto de los derechos contenidos en ella así como en las normas convencionales internacionales vinculantes para Chile. Sostengo que este control no constituye una violación a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile y debe ser una discusión a revisitar, entregando nuevos elementos para su consideración.

II. ELEMENTOS GENERALES A CONSIDERAR

Nuestra Constitución es especialmente vaga al tratar la relación entre el Derecho Internacional Público (en adelante DIP) y el Derecho

* Abogada de la P. Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho y LL.M. Eur. por la Universidad del Sarre, Alemania y Diplomada en Derecho Europeo mención DDHH por la misma universidad. Directora de Investigación Universidad Finis Terrae. Profesora de Derecho Internacional Público.

Agradezco la colaboración del ayudante de investigación de la U. Finis Terrae, José Tomás Vergara. Asimismo agradezco el intercambio de ideas con el profesor Manuel Núñez P.

¹ Quien suscribe trabaja actualmente en el análisis de diversos tópicos jurídicos que fundamentan la opinión que aquí se transmite.

