

**LOS LÍMITES DEL DERECHO DE HUELGA DERIVADOS DE LA
PROTECCIÓN DE ESFERAS JURÍDICAS DE TERCEROS**

**TESIS PRESENTADA POR
KARLA CECILIA VARAS MARCHANT
A LA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES
Para optar al grado de Doctora en Derecho**

**Profesor guía: José Luis Ugarte Cataldo
Co-Director: Wilfredo Sanguinetti Raymond**

RESUMEN

Pareciera existir un cierto consenso universal en torno a la necesidad de imponer límites al ejercicio del derecho de huelga cuando este se ejerce en el ámbito de los servicios esenciales. Es que la huelga, se dirá, al incorporarse al sistema jurídico se verá obligada a interactuar y entrar en diálogo con otros derechos que están protegidos al mismo nivel normativo. La huelga, entonces, como todo derecho fundamental, es un derecho limitado.

A través de la presente investigación pretenderemos dotar de contenido a esta última afirmación –la huelga es un derecho limitado–, principalmente dando respuesta a las siguientes interrogantes: ¿cuál o cuáles serán los derechos que tendrán la potencialidad de limitar el ejercicio del derecho de huelga?; en base a lo anterior, ¿qué entenderemos por servicios esenciales?; ¿qué respuestas puede entregar el ordenamiento jurídico para resolver dicho conflicto de derechos?; ¿cuál de ellas será la más respetuosa del carácter fundamental del derecho de huelga?, para finalmente indagar, de acuerdo al análisis de diversas experiencias comparadas, si la imposición de límites al ejercicio del derecho de huelga está cumpliendo un efectivo rol tutelar de los derechos fundamentales de terceros, o más bien, es una herramienta utilizada para reprimir o impedir el ejercicio efectivo del derecho.

En esos términos y dado los peligros que puede suponer para el ejercicio del derecho de huelga, la presente tesis se hará cargo de rediseñar la teoría de los límites externos, tarea que será acometida a través de la sistematización de los diversos modelos de regulación de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales, donde el derecho comparado será utilizado en la medida que un determinado modelo normativo se enmarque dentro de las principales características de los modelos de regulación que serán propuestos en la investigación.

INTRODUCCIÓN

Afrontar la cuestión de los límites del derecho de huelga no es una tarea sencilla. Suele iniciarse su estudio con la conocida frase de que el derecho de huelga no es un derecho absoluto ni ilimitado, ya que, al incorporarse a un concreto ordenamiento jurídico, se somete a los límites que derivan del juego o interacción con los demás derechos fundamentales.¹ Nadie pondría en duda esa afirmación.

Se dice, de este modo, que en cualquier ordenamiento jurídico donde la huelga se consagre como derecho, se admiten límites externos a su ejercicio, esto es, límites que derivan del choque entre el derecho de huelga y otros derechos reconocidos al mismo nivel normativo, los que generalmente son reconducidos a la temática de los servicios esenciales de la comunidad.

Ahora, decir que la huelga es un derecho limitado es simplemente dar el enunciado de una gran temática que en su interior está llena de sombras e interrogantes. Por nombrar algunas, ¿cuáles serán esos otros derechos fundamentales que determinarán la imposición de límites al derecho de huelga?; ¿existirán derechos fundamentales prevalentes al derecho de huelga que determinarán su derrota absoluta?; ¿cuáles serán los límites que se impondrán al ejercicio de la huelga cuando entre en colisión con alguno de esos otros derechos también fundamentales?; ¿cuál será la intensidad del sacrificio del derecho de huelga?; ¿quién tendrá la potestad de fijar o imponer esos límites?, en definitiva, ¿cuál será la fuente de regulación de la huelga en los servicios esenciales?.

Como se puede apreciar, una frase como la indicada al iniciar estas reflexiones —el derecho de huelga no es un derecho absoluto o ilimitado— no tiene contenido concreto y más bien abre la puerta a un sinfín de interrogantes y problemáticas.

Ahora, ¿porqué avocarnos al estudio de los límites externos del derecho de huelga?

Por una razón muy poderosa. El derecho de huelga es un derecho incómodo, un derecho que altera la normalidad, que rompe los principios del derecho de los contratos, por lo que la tentación de limitarlo excesivamente estará a la orden del día. Sea por medio de una regulación legislativa o administrativa, con o sin intervención del sujeto sindical, la protección o tutela de los derechos fundamentales de terceros será la excusa perfecta para restringir al máximo posible el campo de acción de este derecho fundamental o reducir su efectividad.² Es por ello que frente a esta tentación se debe estar en guardia, recordando

¹ Como expresaba DURÁN ya en el año 1988, “El derecho de huelga, desde el momento en que entra a formar parte del ordenamiento jurídico, tiene que ser un derecho limitado y no, evidentemente, un derecho ilimitado”. DURÁN (1988), p. 9.

² Como pone de manifiesto PALOMEQUE, “la teoría de los límites del derecho de huelga ha sido utilizada, sistemática y eficazmente, como instrumento interesado para vaciar de contenido el derecho. La idea-fuerza del derecho de huelga es habitualmente talonada por la sombra de la contra-idea según la cual la huelga, para ser legítima, va necesariamente reconducida a un marco de limitaciones institucionalmente definidas”. PALOMEQUE (1994), pp. 255-256. En sentido similar, DURÁN expresaba que la regulación de la huelga en los servicios esenciales ha sido utilizada, “como una simple excusa para restringir o negar el derecho de huelga a determinadas categorías de trabajadores (...)”. DURÁN (1988), pp. 24-25.

El riesgo de una limitación excesiva del derecho de huelga -más allá de los fines de tutela de los derechos fundamentales de terceros-, está también latente en el modelo chileno, producto de su carácter restrictivo e intervencionista, donde operan tres límites diferentes: la prohibición de ejercicio del derecho de huelga; los servicios mínimos y la solicitud judicial de reanudación de faenas. En este sentido ROJAS indica que la

que el objetivo de una regulación especial es la protección de los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios esenciales y no los intereses de la parte empresarial o del Estado. En otros términos, los límites o restricciones que se impongan al ejercicio del derecho de huelga en nombre de los derechos fundamentales de terceros, deben guardar estricta proporción con el daño efectivo que una concreta situación de huelga puede ocasionar en dichos derechos, evitando con ello la desnaturalización del fenómeno huelguístico.³

De esta manera, el estudio de los límites al ejercicio del derecho de huelga se convierte en un tema de atención preferente, que requiere de un rediseño a efectos de garantizar no sólo en el papel, sino que también en la práctica, el efectivo ejercicio del derecho de huelga, única herramienta de defensa que detentan los trabajadores ante el omnímodo poder empresarial. Junto con ello, las tensiones y el constante aumento de la conflictividad laboral en el sector servicios,⁴ no solo suministrados por privados sino que también por entidades públicas, nos obliga a enfocarnos en este particular aspecto del derecho de huelga: la configuración de los límites a su ejercicio derivado de su choque o colisión con derechos fundamentales de terceros.

En esos términos y dado los peligros que puede suponer para el ejercicio del derecho de huelga, la presente tesis se hará cargo de rediseñar la teoría de los límites externos, tarea que será acometida a través de la sistematización de los diversos modelos de regulación de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales, donde el derecho comparado será utilizado en la medida que un determinado modelo normativo se enmarque dentro de las principales características de los modelos de regulación que serán propuestos en la investigación. De ese modo, no se fijarán *a priori* los países que serán objeto de análisis.⁵

intervención estatal ha sido una constante en los distintos modelos normativos de relaciones laborales que han estado vigentes en Chile, esto es, Código del Trabajo de 1931, Plan Laboral de la Dictadura Militar y el Plan Laboral con las diversas modificaciones realizadas en democracia. ROJAS (2000), p. 395. Para FERES, la forma en cómo se abordó la denominada cuestión social en Chile fue el factor determinante de nuestro sistema de relaciones laborales. Ante el conflicto social, la respuesta del sistema político fue su control por medio de una legislación protectora en el ámbito individual, e intervencionista en lo colectivo, configurándose de ese modo un modelo heterónimo o legalista que dejó escaso margen a la autonomía colectiva. FERES (2008), p. 17.

En efecto, la evolución del ordenamiento jurídico chileno muestra una misma finalidad: la represión del conflicto social. Lo que ha cambiado en el tiempo son las técnicas de represión, cuestión que se puede advertir incluso con la reciente reforma a las relaciones colectivas del trabajo, donde el reemplazo de trabajadores en huelga –medida estrella para restar efectividad al derecho de huelga–, fue sustituido por la institución de los servicios mínimos, medida que si bien ha estado presente desde la legislación laboral de la dictadura, fue potenciada tras la reciente reforma laboral al ampliar su ámbito de acción.

³ La relevancia del estudio de los límites externos del derecho de huelga es graficado por BAYLOS en los siguientes términos: “El análisis de estas garantías es importante, tanto más cuanto que mediante la imposición de unos determinados requisitos y no otros se puede llegar en la práctica a obstaculizar la finalidad del derecho de huelga; es decir, que cabe que se desvirtúe el carácter rectamente garantizador que deberían revestir estas técnicas para convertirse, inversamente, en medios que procuran la inocuidad del ejercicio del derecho, vaciándolo de efectividad”. BAYLOS, (1988), p. 135.

⁴ La doctrina comparada ha constatado este fenómeno que ha sido denominado como tercerización del conflicto, es decir, el traslado de la conflictividad laboral desde el sector industrial al sector servicios. Sobre los cambios producidos en la morfología del conflicto laboral ver: VALDÉS DAL-RÉ (1988), “Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en *Relaciones Laborales*, p. 4 ss.

⁵ El uso del derecho comparado, entonces, tendrá por finalidad conocer las principales técnicas jurídicas que han servido para abordar o resolver la problemática surgida del ejercicio del derecho de huelga en el campo de los servicios esenciales. Por razones de tiempo y extensión, dicho análisis no incorporará el

El centro o corazón de la tesis, entonces, será la sistematización y análisis de los modelos normativos de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales. Previo a ello, enmarcaremos la temática de los servicios esenciales dentro de la denominada teoría externa de los derechos fundamentales, para de ese modo entregar como criterio justificante de un régimen o tratamiento diferenciado de la huelga en los servicios esenciales la necesaria tutela o protección que se debe dar a los derechos fundamentales de terceros. Junto con ello, analizaremos las diversas técnicas de definición de la noción de servicios esenciales, para así determinar cuál o cuáles serán los derechos fundamentales de terceros que tendrán la potencialidad de limitar el derecho de huelga.

Enmarcada la cuestión de los límites del derecho de huelga en la teoría externa recién aludida, y fijadas las diversas alternativas de delimitación conceptual de la noción de servicios esenciales, nos avocaremos a la tarea central de sistematizar las diversas respuestas que un ordenamiento jurídico puede dar al conflicto de derechos que está detrás de la noción de servicios esenciales, las que se moverán entre la prohibición absoluta del ejercicio del derecho de huelga y su reconocimiento condicionado al cumplimiento de determinados requisitos, los que precisamente tendrán por objetivo conciliar el ejercicio de la huelga con los derechos fundamentales de terceros que serán objeto de tutela. A su vez, en caso que se reconozca el ejercicio del derecho de huelga en este especial ámbito, analizaremos las diversas fuentes de regulación de ese régimen especial y el abanico de medidas de limitación que podrán imponerse al ejercicio del derecho de huelga para concretar esa tarea de conciliación,⁶ con especial énfasis en la institución de los servicios mínimos, medida estrella de garantía de los servicios esenciales.

Dentro de este esquema de análisis de los límites externos del derecho de huelga, ¿cómo se abordará el estudio de la normativa nacional?

Como se realizará una sistematización de los diversos modelos de regulación de la huelga en los servicios esenciales, no existirá un apartado o capítulo independiente donde se analice el modelo normativo chileno. Su estudio se irá realizando en la medida que se enmarque dentro de los modelos de regulación que serán propuestos en la tesis y dentro del análisis de las medidas de limitación o garantía de los servicios esenciales.

Antes de dar inicio a esta travesía, es importante advertir al lector que la presente investigación se hace cargo de una materia concreta dentro de la gran temática del derecho de huelga, a saber, la cuestión de sus límites externos. Junto con ello, es importante aclarar que esta tesis pasa por alto el anacrónico debate en torno a si la huelga constituye o no un derecho fundamental. Partimos de la base que estamos ante un derecho de carácter fundamental,⁷ y que por tanto, sus límites constituyen una excepción y deben ser interpretados con criterios restrictivos.

examen de las orientaciones históricas y socio-políticas que influyeron en la configuración de los diversos modelos normativos.

⁶ La búsqueda de una fórmula de conciliación o compatibilización de los intereses enfrentados tendrá la difícil misión de alcanzar un equilibrio entre la eficacia lesiva que debe conservar la huelga y la satisfacción de determinados derechos inaplazables del individuo. En ese sentido, MORENO (2007), p. 18.

⁷ Un análisis de los diversos argumentos que respaldan o justifican el carácter fundamental del derecho de huelga se puede ver en VIVERO (2002), “La huelga como derecho fundamental”, en Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, N° 19.

En el ámbito nacional, nuestra jurisprudencia y doctrina, por distintas vías argumentativas, han concordado en que nuestra Constitución Política reconoce implícitamente el derecho de huelga. En ese sentido, IRURETA

De esta manera, iniciamos el estudio de los límites externos al derecho de huelga.

sostiene que se trata de una “regulación indirecta, planteada en términos negativos y en la cual se subrayan las hipótesis de prohibición”. IRURETA (2006), p. 185. GAMONAL, siguiendo la tesis dogmática, señala que para efectos de entender que la huelga es un derecho fundamental, debemos preguntarnos si la Constitución Política consagra dentro de las garantías constitucionales a la libertad sindical, y en caso que la respuesta sea afirmativa, se estará reconociendo el carácter de derecho fundamental de la huelga, toda vez que esta forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Es así que, analizando el artículo 19 N° 19 de la Constitución, concluye que se establece inequívocamente la libertad sindical al hacerse referencia explícita a la autonomía colectiva como derecho constitucional, autonomía que comprende todos los elementos de la libertad sindical –organización, negociación colectiva y huelga-. GAMONAL (2013), p. 121. Finalmente, la doctrina ha indicado que la huelga está expresamente consagrada en la Constitución Política en virtud de la cláusula de apertura del inciso 2° del artículo 5, precepto que permite incorporar dentro del catálogo de las garantías constitucionales derechos humanos no contemplados en él. Se trata de la denominada tesis del bloque de constitucionalidad, conforme a la cual los derechos humanos tienen dos formas de institucionalización: los reconocidos expresamente por la norma constitucional (catálogo de garantías constitucionales del artículo 19), y los asegurados por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Conforme a esta tesis entonces la huelga estaría expresamente reconocida en la Constitución ya que los tratados internacionales que Chile ha ratificado consagran, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo. En ese sentido, GAMONAL (2013), pp. 118-119 e IRURETA (2006), p. 198.

Nuestra jurisprudencia también ha reconocido el carácter de derecho fundamental de la huelga. A modo referencial podemos citar las siguientes sentencias: Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 159-2011, caratulada “Zublin International GMBH Chile con Bernabel de la Cruz Dorguett Avila”; Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 183-2014, “Beatriz del Carmen Allende Gutiérrez Con Gestión Medio Ambiental Ltda.”; Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 1144-2015, caratulada “ACTIONLINE Chile S.A. con Claudio Yutronic y otro”; Corte Suprema, Rol 2514-2014, “Inspección Comunal Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks S.A.”; Corte Suprema, Rol 10.444-2014, caratulada “Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal y Empaques S.A.”

Tabla de Contenidos

	Página
INTRODUCCIÓN.....
.....1	
CAPÍTULO I	
LOS LÍMITES DEL DERECHO DE	
HUELGA.....	5
1. Los límites del derecho de huelga y la teoría externa de los derechos fundamentales.....
...6	
2. Los servicios esenciales como límite externo del derecho de huelga.....	11
3. Los criterios que justifican un régimen diferenciado de la huelga en los servicios esenciales de la comunidad.....	14
3.1.La naturaleza de los sujetos: la función pública como primer criterio diferenciador.....	.16
3.2.La protección de los usuarios como segundo criterio diferenciador: la tercerización del conflicto.....	28
3.3.Redefinición del criterio diferenciador: la colisión entre el derecho de huelga y los derechos fundamentales de terceros.....	32
4. Las respuestas del ordenamiento jurídico ante el conflicto entre la huelga y los derechos fundamentales de terceros.....	33
CAPÍTULO II	
EL CONCEPTO DE SERVICIOS	
ESENCIALES.....	53
1. Definición vía cláusula general.....	55
2. Definición vía catálogo de servicios esenciales o técnica enumerativa.....	80
3. La fórmula de las categorías abstractas.....	95
4. Técnicas mixtas.....	99
5. Consideraciones a tener en cuenta para determinar la esencialidad de un servicio.....
105	

CAPÍTULO III
MODELOS DE REGULACIÓN DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS
ESENCIALES.....
116

1. Modelo	
Prohibitivo.....	120
1.1. El concepto de servicio esencial.....	122
1.2. Procedimiento de calificación de la esencialidad del servicio.....	133
1.3. Extensión temporal y personal de la prohibición de la huelga.....	147
1.4. Vías de impugnación de la calificación de esencialidad realizada por la autoridad administrativa.....	150
1.5. Las medidas compensatorias ante la prohibición de ejercicio del derecho de huelga.....	152
1.6. Efectos del incumplimiento de la prohibición de ejercicio del derecho de huelga.....	154
2. Modelos de regulación especial de la huelga en los servicios esenciales.....	156
2.1. Regulaciones heterónomas de la huelga en los servicios esenciales.....	160
a. Modelo de regulación legal especial.....	161
1. El concepto de servicios esenciales y su calificación.....	169
2. Oportunidad para calificar la esencialidad del servicio.....	172
3. Los límites concretos al ejercicio del derecho de huelga o las medidas de garantía del mantenimiento de los servicios esenciales.....	173
4. Órgano competente y oportunidad para fijar los límites del derecho de huelga.....	200
5. Criterios que se deben ponderar para determinar los límites a que se sujetará el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales.....	205
i. La importancia o trascendencia de los derechos fundamentales en juego.....	207
ii. Las circunstancias concurrentes a la huelga.....	208
iii. Las características del servicio afectado por la huelga: la sustituibilidad del servicio y el carácter aplazable de la	

	prestación.....	
	210	
iv.	El respeto al principio de proporcionalidad.....	211
b.	Modelo de regulación gubernamental o administrativo.....	217
1.	España y Uruguay: el decisivo intervencionismo de la autoridad gubernativa en la regulación de la huelga en los servicios esenciales.....	218
2.	El procedimiento de calificación de la esencialidad del servicio.....	227
3.	La determinación de las medidas limitativas del ejercicio del derecho de huelga.....	233
2.2.	Modelos de regulación autónoma de la huelga en los servicios esenciales.....	242
a.	El rechazo a la intervención estatal: la mejor ley de huelga es la que no existe.....	243
b.	El principio de solidaridad: el fundamento de la autorregulación de la huelga en los servicios esenciales.....	245
c.	Los modelos normativos del derecho de huelga y la autorregulación.....	249
d.	La fuente de la autorregulación del derecho de huelga: autorregulación pura o negociada.....	256
e.	Los límites del derecho de huelga fijados por medio de los códigos de autodisciplina sindical o la negociación colectiva.....	264
2.3.	Modelo de regulación especial de la huelga en los servicios esenciales de carácter mixto.....	267
a.	Mecanismos o formas de interacción de las fuentes estatales y autónomas.....	270
b.	Otros aspectos a considerar en el establecimiento de un modelo mixto de regulación de la huelga en los servicios esenciales.....	296
c.	Propuesta de articulación de un modelo mixto de regulación de la huelga en los servicios esenciales.....	301

CAPÍTULO IV

LOS SERVICIOS MÍNIMOS COMO GARANTÍA PRECISA PARA EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES.....305

1. El concepto de servicios mínimos.....308
2. Oportunidad para calificar los servicios mínimos.....310
3. ¿Quién fija los servicios mínimos?: El problema de la titularidad.....315
4. Las fases o etapas del acto de calificación de los servicios mínimos.....324
5. La extensión o alcance de los servicios mínimos: criterios para determinar la intensidad de la restricción del ejercicio del derecho de huelga.....328
6. Requisitos o garantías del procedimiento de fijación de los servicios mínimos..... 344
7. El complemento técnico y funcional de los servicios mínimos: la designación de los trabajadores encargados de su cobertura..... 352
8. Efectos del incumplimiento de los servicios mínimos.....364
9. El control judicial del acto de restricción del derecho de huelga.....390

CONCLUSIONES.....
399

BIBLIOGRAFÍA.....
408

CONCLUSIONES

No existe una solución universal u homogénea para la problemática que se deriva del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales. Desde la determinación del concepto de servicios esenciales, hasta la concreción de los límites al ejercicio del derecho de huelga, existe una variada gama de respuestas, tanto desde la perspectiva doctrinal como desde las diversas experiencias de derecho comparado que han sido analizadas.

En cuanto al concepto de servicios esenciales, dado que se trata de un límite externo del derecho de huelga, podrá estar conectado con todos los derechos fundamentales –acepción amplia-, con algunos derechos fundamentales –acepción intermedia-, o exclusivamente con aquellos de carácter vital e inaplazables –acepción estricta-.⁸

Junto a esta identificación o conexión entre el concepto de servicios esenciales y los derechos fundamentales de terceros (todos, algunos o los de carácter vital), tarea que idealmente debe ser abordada por el legislador, se puede consagrar un listado o catálogo (abierto o cerrado), de los servicios reputados esenciales a efectos del ejercicio del derecho de huelga. De no preverse tal listado, deberá delegarse en la autoridad gubernativa, judicial u órgano *ad hoc*, la tarea de calificar qué servicios tendrán el carácter de esencial.

De los países que fueron objeto de análisis, se puede desprender que la mayoría contiene una definición legal de servicios esenciales o una enumeración o catálogo de los mismos. Ahora, independientemente de cuál sea la técnica definitoria escogida, la tendencia comparada es que el concepto de servicios esenciales se fije en conexión con derechos fundamentales de terceros que van más allá del concepto estricto. Sólo en el caso argentino, se pudo observar una enumeración legislativa de sectores o servicios conectados con los derechos fundamentales de carácter vital (vida, salud y seguridad).

¿Cuál de estas técnicas definatorias es la más respetuosa del carácter fundamental del derecho de huelga?, o formulando la ideas en otros términos, ¿a través de qué definición se podrá acotar con precisión el ámbito o la esfera de actuación de los límites al ejercicio del derecho de huelga?

Dada la relevancia del derecho fundamental de huelga –principal herramienta de presión que detentan los trabajadores para la defensa de sus intereses- y su vinculación con los fines trazados por la propia Constitución que derivan de un Estado democrático de derechos –igualdad material, participación y libertad de expresión-, los conceptos amplio e intermedio de servicios esenciales resultan inadecuados y peligrosos, dado que con ellos se extiende excesivamente el ámbito donde la huelga puede quedar sujeta a especiales restricciones, resultando más apropiada la técnica de identificación del concepto de servicio esencial con determinados derechos fundamentales de las personas, en específico, aquellos de carácter vital e inaplazables. En otras palabras, a través de un

⁸ No siempre el concepto de servicio esencial estará en conexión con los derechos fundamentales de terceros (todos, algunos o los de importancia trascendental). Determinadas experiencias comparadas nos muestran que esa conexión algunas veces es realizada con categorías abstractas, como el interés general, necesidades sociales ineludibles, servicios de utilidad pública, etc.

concepto amplio o intermedio, sobre todo cuando el legislador no haya establecido un listado o catálogo de servicios esenciales, existirá un riesgo latente de ampliación indiscriminada de la cláusula de esencialidad, con el consiguiente sacrificio del derecho de huelga.

Es por ello que desde nuestra perspectiva, la técnica definitoria más respetuosa del carácter fundamental del derecho de huelga es la acepción estricta, esto es, aquella que conecta la noción de servicios esenciales con los derechos fundamentales de carácter vital (vida, salud y seguridad), complementada con un listado o catálogo legal de carácter cerrado de los servicios reputados esenciales a efectos del ejercicio del derecho de huelga, ya que es la única vía para poner coto a la tendencia expansiva de la noción de esencialidad. Ahora, junto con este concepto estricto y listado cerrado de servicios esenciales, se puede prever que un órgano imparcial (autoridad judicial), pueda extraordinariamente imponer restricciones a una huelga en curso, cuando por sus características, extensión o duración, se esté causando un grave daño a alguno de los derechos fundamentales de carácter vital.

Como podemos ver, la temática de los servicios esenciales nos conduce a una situación de conflicto, debiendo el ordenamiento jurídico resolver la colisión que se produce entre el ejercicio del derecho fundamental de huelga y otros derechos constitucionalmente protegidos.

Para dar esa respuesta, el ordenamiento jurídico puede optar por alguna de las siguientes alternativas: (1) fijar *a priori* cuál de los derechos prevalecerá ante una eventual situación de conflicto: la huelga o los derechos fundamentales de terceros; (2) fijar la prioridad de los derechos en juego ante una situación concreta de conflicto y, (3) abandonando la idea de derechos prioritarios o prevalentes, buscar mecanismos de conciliación o armonización que permitan el ejercicio, aunque limitado, de los derechos en conflicto.

Conforme a lo indicado entonces, la primera de las alternativas con que cuenta el ordenamiento jurídico para dar respuesta al conflicto derivado del choque o colisión de la huelga con los derechos fundamentales de terceros es la de los derechos prevalentes, la que tiene a su vez dos respuestas opuestas: (1) otorgar prioridad al derecho de huelga frente a los derechos de terceros con los que pudiera entrar en colisión, en razón de los valores que encarna –igualdad, libertad y solidaridad, especialmente-. Al establecerse la prevalencia de la huelga, su ejercicio en el campo de los servicios esenciales no estará sometido a especiales restricciones, debiendo ajustarse al régimen general; (2) otorgar primacía o prioridad a los derechos de terceros, por lo que, en caso de que estos puedan verse afectados por el ejercicio del derecho de huelga, se prohibirá su ejercicio.

Esta última alternativa –prevalencia de los derechos fundamentales de terceros- dará lugar al modelo prohibitivo de la huelga en los servicios esenciales. Este modelo prohibitivo podrá tener una versión extrema –la prohibición se extenderá a las empresas o sectores cuya finalidad sea la satisfacción de todos los derechos fundamentales de terceros⁹, o una versión reducida o light, la que se caracteriza por fijar el ámbito de prohibición de la

⁹ En otras palabras, en su versión más extrema, el modelo prohibitivo preferirá el concepto amplio de servicios esenciales, ya que a través de él, el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga será a su vez el más extenso posible.

huelga en base al concepto estricto de servicios esenciales,¹⁰ es decir, solo se excluirá el ejercicio del derecho en aquellas actividades cuya interrupción pudiera poner en peligro la vida, salud o seguridad de las personas en toda o parte de la población –los derechos fundamentales de carácter vital-, en concordancia con la doctrina de la OIT.

De optarse por esta alternativa de prohibición reducida o light de la huelga en los servicios esenciales, hay que hacerse cargo de la siguiente interrogante: en aquellos casos donde el ejercicio del derecho de huelga colisione con derechos fundamentales distintos a los de carácter vital, ¿existirán restricciones adicionales al ejercicio del derecho?

Una primera respuesta nos dirá que en estos casos la huelga quedará sometida a una restricción especial, menos intensa, claro está, que la prohibición, como por ejemplo, la imposición de servicios mínimos. En tanto que, en una versión más respetuosa del carácter fundamental del derecho de huelga, no existirán restricciones adicionales cuando la huelga pudiera afectar derechos fundamentales distintos a los de carácter vital, aplicándose directamente el régimen general u ordinario.

En otras palabras, cuando el ámbito de prohibición del ejercicio del derecho de huelga queda determinado por el concepto estricto de servicios esenciales –modelo prohibitivo reducido o light-, el ordenamiento jurídico debe dar respuesta a los casos de colisión de la huelga con derechos fundamentales que no son de carácter vital, por ejemplo, la libertad de circulación, el derecho a la información, educación, etc. Para ello podrá moverse entre dos extremos: establecer restricciones especiales al ejercicio del derecho de huelga, distintas a su prohibición, o, dar preeminencia al ejercicio de la huelga, quedando sujeta al régimen general.

A su vez, la alternativa prohibicionista, podrá abarcar a todos los trabajadores que se desempeñan en la empresa o servicio calificado globalmente como esencial, independientemente de cuál sea su concreta área de actividad, o recaer exclusivamente en los trabajadores encargados de dar cobertura a las prestaciones esenciales (las que están directamente conectadas con los derechos fundamentales objeto de tutela).

La segunda alternativa o respuesta que puede entregar un ordenamiento jurídico al problema derivado del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales, partiendo de la base que el conflicto entre el ejercicio del derecho de huelga y los derechos fundamentales de terceros constituye un genuino conflicto entre principios, nos señala que debe solucionarse por medio de la técnica de la ponderación y la proporcionalidad, otorgándose preferencia a uno u otro derecho ante un caso concreto de choque o colisión, debiendo primar el que tenga un mayor peso específico. En otras palabras, habiéndose constatado la existencia de una colisión entre principios que abstractamente tienen la misma jerarquía, la solución viene dada por la aplicación de la técnica de la ponderación y la proporcionalidad, técnica que permitirá determinar cuál derecho desplazará la satisfacción del otro ante un caso concreto de colisión, en base al análisis de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cuanto a la tercera alternativa de solución del conflicto que se produce entre el ejercicio del derecho de huelga y los derechos fundamentales de terceros, a diferencia de las anteriores, no persigue dar prioridad a un derecho frente al otro, sino que por el contrario, busca su conciliación o armonización de manera que ambos derechos puedan

¹⁰ Entre la versión extrema y reducida del modelo prohibitivo pueden construirse diversas combinaciones para fijar el ámbito de prohibición de la huelga.

realizarse, aunque dicha realización será en un menor grado o intensidad de la que existiría en una situación de normalidad. Como se trata de compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga y el derecho fundamental que resulte afectado por la misma, ambos derechos resultarán limitados, debiendo existir entre esos límites una relación de proporcionalidad.

En definitiva, para el modelo o técnica de conciliación, compromiso o armonización, el objetivo no es determinar cuál derecho tendrá prevalencia absoluta frente al otro, sea de manera abstracta o para el caso concreto, sino que alcanzar un punto de equilibrio entre los mismos, de manera que la huelga siga siendo un instrumento de presión hábil para procurar la consecución de las reivindicaciones de los trabajadores, y a su vez, que los usuarios puedan gozar de las prestaciones esenciales a fin de no ver amenazados sus derechos fundamentales de manera irremediable.

Ese punto de equilibrio será alcanzado por medio del establecimiento de un régimen especial de carácter restrictivo al que deberá sujetarse la huelga cuando se ejerza en el campo de los servicios esenciales. Tal régimen o regulación especial podrá venir determinado heterónomamente –por el poder legislativo, gubernativo o judicial-, dando lugar a los modelos de regulación especial de la huelga de carácter heterónomo, o por fuentes autónomas, lo que a su vez dará lugar a los modelos de autorregulación de la huelga en los servicios esenciales, los que podrán ser puros, es decir, fijados unilateralmente por las organizaciones sindicales, o negociados, esto es, determinados por medio de acuerdos suscritos entre las organizaciones sindicales y empresariales. Entre estos dos polos habrá un punto de intersección que dará lugar a los denominados modelos mixtos de regulación de la huelga en los servicios esenciales, los que combinan fuentes de origen estatal y profesional.

Las alternativas de regulación de la huelga en los servicios esenciales se moverán entonces entre dos polos: heteroregulación o autorregulación. La fuente de regulación heterónoma, a su vez, podrá emanar del legislador o del poder ejecutivo, complementada con una intervención judicial o, eventualmente, emanar del poder judicial, especialmente cuando el derecho de huelga no tenga un desarrollo legal integral. Dentro de los denominados modelos de autorregulación, existirán dos variantes. Primero, la autorregulación pura, que entrega la regulación de la huelga y la determinación de sus límites al sindicato y, segundo, la autorregulación mixta o pactada, cuando tal regulación es realizada por medio de la negociación colectiva o de acuerdos *ad hoc*. Junto a estos dos polos, existirá un espacio de intersección entre la heteroregulación y la autorregulación que dará origen al modelo de regulación mixto de la huelga en los servicios esenciales.

De los países objeto de análisis, se puede ver que la alternativa prohibicionista de la huelga en los servicios esenciales constituye la excepción, y a su vez, que la tendencia es a fijar el ámbito de prohibición en base al concepto estricto de servicios esenciales.¹¹ La mayoría de los países, por tanto, opta por el reconocimiento condicionado del derecho de huelga en este especial ámbito, fijando un régimen más restrictivo que el general a efectos de garantizar que los derechos fundamentales objeto de tutela no sean dañados de forma irremediable con la medida de presión. En cuanto a la fuente de regulación, en la mayoría

¹¹ Como correctamente advertía RIVERO, la prohibición de la huelga en el campo de los servicios esenciales sigue siendo una solución aislada en el derecho comparado (no es la tendencia prevalente en casi ningún ordenamiento jurídico), salvo que el concepto se restrinja al de prestaciones vitales. RIVERO (1993), p. 208.

de los países la regulación de la huelga en los servicios esenciales es de origen legal o mixto. Sólo en aquellos países con tradición sindical unitaria y donde existe una concepción orgánica de la huelga, la fuente de la regulación del régimen especial está entregada a la autorreglamentación, sea por medio de la disciplina sindical –autorregulación pura- o a través de la negociación colectiva –autorregulación negociada-

La regulación especial de la huelga en el ámbito de los servicios esenciales, sea que se concrete por fuentes heterónomas o autónomas, debe tomar como base el reconocimiento constitucional de la misma, por lo que, la búsqueda de mecanismos de conciliación o compatibilización de los derechos en conflicto debe dirigirse a garantizar la protección de los derechos fundamentales de terceros, más no a anular la efectividad de la huelga por medio de una legislación antihuelga o represora del conflicto colectivo. Es por ello que a la hora de fijar las restricciones especiales a las que se sujetará la huelga en el campo de los servicios esenciales no se puede perder de vista que su objetivo es conciliar los intereses en juego –los de los usuarios y los de los huelguistas-, por lo que no pueden ser utilizadas como herramientas para obstaculizar la finalidad del derecho de huelga. En otros términos, la imposición de determinados límites al ejercicio del derecho de huelga no puede desvirtuar el carácter garantizador de tales técnicas, convirtiéndose en medios que intenten restar efectividad al derecho de huelga.

No debe olvidarse que al admitirse el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales se admite a su vez que tales servicios se verán afectados y que inevitablemente se producirán molestias y perturbaciones para los usuarios. El establecimiento de un régimen diferenciado de corte restrictivo para la huelga en los servicios esenciales no tiene por finalidad proteger a los usuarios de cualquier clase de perturbación o molestia, sino que, tal como lo indicaba VIVERO, se trata de una protección selectiva –únicamente para garantizar sus derechos fundamentales (todos, algunos o los de carácter vital), ya que de lo contrario se dejaría sin efectividad al derecho de huelga, puesto que en la sociedad actual, es difícil que una huelga no afecte o perturbe los intereses de los terceros.

Ahora, esa afectación o perturbación no debe llegar al punto de causar un daño irremediable a los derechos fundamentales que se pretendan tutelar, y es por ello que, el reconocimiento del derecho de huelga irá acompañado de ciertas limitaciones cuyo objetivo será precisamente evitar los daños excesivos que tal medida de presión pudiera ocasionar en los derechos fundamentales tutelados.

¿Cuáles serán los límites que podrán imponerse al ejercicio del derecho de huelga para hacerlo compatible con los derechos fundamentales objeto de tutela?

Los diversos modelos de regulación –heterónomos o autónomos- pueden hacer uso de una variada gama de medidas de limitación de la huelga. Exigencia de un preaviso, publicidad de la huelga a los usuarios, prohibición de las modalidades de huelga más dañinas, exigencia de convocatoria sindical, conciliación obligatoria previa, servicios mínimos, son sólo algunos ejemplos de medidas de limitación que puede prever el legislador o que pueden regular las partes sociales en códigos de disciplina sindical o instrumentos colectivos. Dichas medidas, en un ideal regulatorio, no deben fijarse o imponerse de forma apriorística, sino que, dependiendo del efectivo grado de afectación de los derechos fundamentales objeto de tutela, deberá ponderarse la necesidad de su

implementación, y en caso que sea estrictamente necesario, se determinará cuál o cuáles de las medidas resultan adecuadas para conciliar los derechos en conflicto. Para ello deberá valorarse las peculiaridades de cada caso concreto a efectos de determinar cuáles serán las medidas necesarias para garantizar los servicios esenciales, ya que no es obligatorio que en toda huelga registrada en este especial ámbito se deba aplicar alguna medida de limitación de la huelga, sino que única y exclusivamente cuando exista una amenaza efectiva de daño. Sin embargo, como pudimos constatar, en los países objeto de análisis, las medidas de limitación son impuestas *ex ante*, las que generalmente se reconducen a la exigencia de un aviso previo de la huelga y la necesidad de garantizar un mínimo de actividad durante su desarrollo. Esta tendencia a fijar de forma apriorística las medidas de limitación de la huelga en los servicios esenciales—casi invariablemente la imposición de servicios mínimos— no respeta el principio de proporcionalidad.

Otra cuestión que se pudo advertir tras el análisis de los diversos modelos de regulación de la huelga en los servicios esenciales es que el recurso a la tutela de los usuarios es un argumento que se ha venido utilizando para obstaculizar o impedir el ejercicio del derecho de huelga, tanto por la extensión indebida de la noción de esencialidad, como por la imposición de límites totalmente desproporcionados que tan solo persiguen restar efectividad o derechamente anular el derecho de huelga.

En efecto, existe una clara tendencia a utilizar la noción de servicios esenciales como un excusa para restringir indebidamente el derecho de huelga, sea por medio de una calificación abusiva de un servicio como esencial que realmente no lo es, o por la imposición de límites a su ejercicio sin haber ponderado previamente las características de la huelga, para de ese modo determinar el grado de afectación efectivo de los derechos fundamentales objeto de tutela. Piénsese por ejemplo en el caso del Museo del Prado, la calificación como esencial de las actividades desarrolladas por todo el personal funcionario y laboral de la Administración del Estado o la de los servicios de seguridad privada que se ha realizado en España al hilo de la excesiva intervención de la autoridad gubernativa y la escasa participación de los titulares del derecho de huelga, o la tendencia a que a través de la imposición de servicios mínimos se dé una apariencia de normalidad, fijándose un nivel de funcionamiento del servicio cercano, igual o superior al habitual; lo sucedido en Italia con la dictación del D.L N° 146/2015 que declaró como servicio esencial “la apertura al público de museos y centros culturales como bibliotecas, archivos históricos, áreas y parques arqueológicos y complejos monumentales” o la interpretación extensiva que ha realizado la Comisión de Garantías de la lista explicativa de servicios esenciales, incorporando por ejemplo una serie de servicios instrumentales, tales como el mantenimiento de los trenes, la información a los pasajeros en las estaciones, su limpieza, para el caso del servicio esencial de transporte ferroviario; en Uruguay, donde se han declarado esenciales los servicios portuarios, aduaneros, frigoríficos, combustibles, correos, transporte, servicios de inspección ganadera, servicios de educación, etc.; en Colombia, donde recientemente los tribunales declararon la ilegalidad de la huelga que llevaron a cabo los pilotos de Avianca S.A.; Brasil, donde el listado taxativo de servicios esenciales fijado por el legislador incorpora al transporte colectivo, las telecomunicaciones, incluida la radiodifusión, y los servicios bancarios, o, finalmente, lo ocurrido en Chile, donde las autoridades ministeriales encargadas de fijar el listado de empresas cuyos trabajadores no podrán ejercer el derecho de huelga dentro de los próximos dos años, han incluido al Banco Central, bajo la excusa de que su paralización puede causar un grave daño a la economía del país, a empresas portuarias privadas con el objeto de dar cumplimiento al tratado de Paz, Amistad y Comercio entre Chile y Bolivia,

y en fin, a diversos centros de diálisis privados, sin tomar en consideración que en nuestro país la posibilidad de que una huelga pueda afectar a todo un sector de actividad es prácticamente imposible. Asimismo, tras la reciente reforma laboral (ley 20.940), la institución de los servicios mínimos ha visto ampliado su radio de acción, pudiendo acordarse o decretarse servicios mínimos en base a conceptos o categorías abstractas como los de servicios de utilidad pública y la prevención de daños ambientales y sanitarios.

Para justificar todos estos excesos se recurre al discurso de que el derecho de huelga, al igual que el resto de los derechos fundamentales, no es ilimitado ni absoluto, por lo que su ejercicio debe estar condicionado al cumplimiento de requisitos de diversa intensidad, o, en una versión más radical, que los intereses de los huelguistas son contrapuestos a los de los usuarios, que a través de la huelga se defienden concretos intereses particulares, contraponiendo de ese modo el ejercicio del derecho de huelga con los intereses de toda la sociedad. Sin embargo, el verdadero objetivo que se esconde bajo el supuesto argumento de tutelar los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios esenciales no es otro que el restar efectividad a la huelga como medida de presión, a fin de garantizar la continuidad de los servicios.

Tomándonos de las reflexiones realizadas por BIRGILLITO, el recurso a la tutela de los usuarios, a la esencialidad de los servicios, a la necesidad de limitar los daños del conflicto y reprimir el orden, no son más que argumentos retóricos utilizados por el poder público para limitar el derecho de huelga, y de ese modo, despolitizar el rol del trabajo y desconstitucionalizar los derechos sociales.

Lo dicho nos lleva a concluir que hay una tarea que no se podrá soslayar, y esta es la reconfiguración del modelo de regulación de la huelga en los servicios esenciales, sustituyendo los modelos de clara inspiración autoritaria y represora del conflicto, por uno donde se reconozca el valor del conflicto dentro del juego democrático y donde los sujetos colectivos sean corresponsables en garantizar el respeto de los derechos constitucionales de carácter vital que pueden ser amenazados con el ejercicio del derecho de huelga.

Desde nuestra perspectiva el derecho de huelga no es un derecho fundamental más, sino que un derecho de primer orden, que forma parte del nervio democrático, que es instrumental para la consecución de otros derechos, en definitiva, un derecho que permite romper los obstáculos para alcanzar la igualdad real de todas las personas, por lo que los límites a su ejercicio no pueden venir determinados por la totalidad de los derechos fundamentales que un determinado ordenamiento jurídico consagra, sino que única y exclusivamente por aquellos derechos estructurales de la humanidad, es decir, la vida, la salud y la seguridad.

Con lo dicho, no queremos desconocer que la huelga, en tanto derecho fundamental, estará sujeta a restricciones. Simplemente hemos querido poner de relieve que a la hora de fijar esas restricciones debemos tener en consideración las funciones que cumple este derecho para la consecución de otros derechos y para la profundización y perfeccionamiento del modelo democrático. En consecuencia, para ser respetuosos del carácter fundamental del derecho de huelga, estimamos que los únicos derechos que podrían justificar la imposición de algún tipo de restricción a su ejercicio son aquellos que hemos denominado de carácter vital –vida, salud y seguridad de las personas- y,

además, que no es posible admitir cómo respuesta a la eventual colisión entre la huelga y los referidos derechos vitales, la prohibición total y absoluta de su ejercicio.¹²

Se trata, en definitiva, de fijar los límites del derecho de huelga con un criterio restrictivo, con el objeto de no dar cabida a una extensión sin límites de los servicios que pudiesen ser reputados como esenciales. En ese sentido, la elección de los derechos que serán merecedores de protección y tendrán la capacidad de limitar el derecho de huelga, debe recaer, como diría BIRGILLITO, sobre aquellos derechos que puestos a flotar en el mismo líquido, tengan el mismo peso específico que la huelga, esto es, la vida, salud y libertad personal. Respecto de los demás derechos fundamentales, si bien también se encuentran bajo el paraguas de una norma constitucional, “no forman parte de aquellos derechos fundamentales que, a la par que la huelga, componen el andamiaje constitucional”.¹³

Junto con restringir el campo o esfera de actuación de los límites del derecho de huelga a través de un concepto estricto de servicio esencial, estimamos que la respuesta más adecuada de ese carácter fundamental del derecho de huelga es la que, admitiendo el reconocimiento del ejercicio del derecho de huelga en el campo de los servicios, fija un régimen especial de carácter restrictivo a los efectos de hacer compatible el ejercicio de esta medida de presión con el goce o disfrute de los derechos fundamentales de terceros de carácter vital e inaplazables.

¿Quién tendrá la misión de fijar esos límites? Desde nuestra perspectiva, son los propios trabajadores los que deben determinar las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, fijar sus límites para no dañar de modo irremediable los derechos fundamentales de carácter vital de las personas, ya que a diferencia de quienes creen que los trabajadores a través de sus organizaciones sindicales obrarían como juez y parte, que no serían capaces de limitar su principal arma de lucha, o que no tienen la suficiente madurez y responsabilidad, estimamos que como integrantes de la sociedad y como portadores del interés colectivo, son los principales interesados en no generar un daño irremediable a la sociedad, en definitiva, a quienes detentan su misma condición de trabajadores.¹⁴ Al concretar esta tarea, las organizaciones sindicales deben adoptar estrategias que permitan dirigir el daño connatural de la acción huelguística hacia el empresario, disminuyendo los que se puedan producir a los usuarios.

El derecho de huelga es un arma imprescindible de los trabajadores para mejorar sus condiciones laborales y de vida, un arma clave para luchar contra la desigualdad, para

¹² Es difícil levantar objeciones a la necesidad de racionalizar el ejercicio del derecho de huelga cuando entra en colisión con otros derechos protegidos al mismo nivel normativo. Gran parte de la doctrina, como hemos podido ver, es partidaria de que ante el referido conflicto de derechos la huelga se deba sujetar a límites o restricciones de diverso grado e intensidad. Ahora, cuándo será necesario restringir el derecho de huelga y cuál o cuáles serán esas restricciones, son las dos grandes interrogantes que se levantan a la hora de abordar la temática de los límites externos al derecho de huelga que tradicionalmente ha sido reconducida al estudio de los servicios esenciales. En nuestro análisis, la respuesta a tales interrogantes debe realizarse en base al carácter multifuncional del derecho de huelga y su conexión directa con el nervio democrático.

¹³ BIRGILLITO (2016), pp. 195-198.

Del mismo modo SARTHOU es partidario de que el concepto de esencialidad sea fijado en base a los valores esenciales de la vida, salud y seguridad de las personas, ya que de ese modo se concilia razonablemente el ejercicio del derecho de huelga y la protección del interés general. SARTHOU (1986), p. 116.

¹⁴ Esta propuesta de autorreglamentación de los límites del derecho de huelga en el campo de los servicios esenciales debe venir necesariamente complementada, a nuestro juicio, con una legislación de apoyo y sustento de la autorregulación, especialmente en aquellos países de alta fragmentación sindical y con escasa tradición participativa.

permitir o hacer posible la participación de los trabajadores en la vida política, en fin, un arma esencial para hacer visible las demandas o reivindicaciones de los trabajadores. Es por ello que los límites a su ejercicio –los que derivan de la tutela o protección de los derechos fundamentales de terceros- deben reconducirse a sus justos términos y no ser utilizados como excusa para anular el ejercicio de este derecho.