REVISTA DE
DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

VOLUMEN IV N° 4 - 2016

ISSN 0719-3467

THOMSON REUTERS

en concordar un convenio colectivo, sino que se traducen en la inexistencia del deber de negociar propiamente tal.

¿Qué rol juega la huelga como derecho en las modalidades de negociación colectiva voluntaria previstas por el Código del Trabajo?

A diferencia de la huelga en la negociación colectiva reglada u obligatoria, que opera como una etapa al final del procedimiento, la huelga en estos casos adquiere una función jurídica distinta: sirve de mecanismo de presión legitima a el o los empleadores o a sus asociaciones gremiales, con el propósito de que efectivamente se establezca un proceso de negociación colectiva de trabajo.

En ese sentido, y en nuestro contexto jurídico, dado que se trata de modalidades "no obligatorias" de negociación colectiva, la única forma de presión reconocida a los trabajadores para que esa negociación se lleve adelante, proviene -precisamente- del ejercicio del derecho de huelga.

De este modo, en la nueva cartografía de la negociación colectiva regulada por el Código del Trabajo la huelga aparece como esa herramienta fundamental para la construcción de un derecho –tal como se nos dijo al inicio del proceso legislativo de la reforma laboral– que esté al servicio del equilibro entre las partes de la relación de trabajo.

Bibliografía

Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis (2009), *Libertad Sindical: un enfoque crítico*, Santiago, LegalPublishing.

Gamonal, Sergio (2014), "El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena", *Estudios Constitucionales*, Año 11, número 1, Santiago, Universidad de Talca.

Irureta Uriarte, Pedro (2006), *Constitución y Orden Público Labora. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena*, Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Alberto Hurtado.

Ugarte, José Luis (2016), "Teoría del derecho de huelga, constitución y contenido protegido", *Trabajo y Derecho*, Numero 23, Madrid, Wolters Kluwer.

La libertad sindical en su laberinto: ¿Cómo interpretar la ley N° 20.940?

Sergio Gamonal Contreras*

Resumen: En este artículo se busca determinar la vía más adecuada para interpretar la reforma laboral publicada recientemente. Para este objetivo, se reflexionará acerca del alcance del principio de libertad sindical, y su reconocimiento jurisprudencial en Chile y en importantes tribunales extranjeros. Luego, se propondrá un camino hermenéutico que facilite la interpretación de la reforma respetando los derechos fundamentales de los trabajadores.

Palabras clave: Libertad sindical, derechos fundamentales, interpretación.

Abstract: This article seeks to determine the most appropriate way to interpret the labor reform recently published. For this purpose, it will reflect on the scope of the principle of freedom of association and its jurisprudential recognition in Chile and major foreign courts. Then they propose a hermeneutical way to facilitate the interpretation of reform respecting the fundamental rights of workers.

Keywords: Freedom of association, human rights, interpretation.

I. Una ley incoherente con la libertad sindical

La reforma laboral (ley N° 20.940) aprobada por la Nueva Mayoría será uno de los mayores fiascos de nuestra historia democrática.

Aunque en su mensaje el gobierno hiciera alusión al principio de libertad sindical y a los estándares de la OIT, las reglas que se proponían claramente exacerbaban el reglamentarismo, y mostraban la desconfianza con el fenómeno sindical y la clara intención del gobierno de Bachelet de mantener límites autoritarios al derecho de huelga[1]. Luego, su tramitación en el Congreso fue evidenciando el gran

* Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez.

[1] Gamonal Contreras, Sergio (2015), "La reforma Laboral: Un paso adelante y dos atrás", *Revista Laboral Chilena*, junio 2015, pp. 67-70.

Véase también: Caamaño Rojo, Eduardo (2015), "Revisitando la prisión: crítica a las bases fundantes del actual modelo de negociación colectiva en Chile y su propuesta de reforma", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, N° 3, pp. 35 y ss.; Marzi Muñoz, Daniela (2015), "Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de Reforma al Derecho Colectivo: el sendero de un legislador sin convicción", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, N° 4, pp. 13 y ss., y Gamonal Contreras, Sergio (2015), "La reforma laboral y las ideas de izquierda", diario electrónico *El Mostrador*, disponible en: http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/08/25/la-reforma-laboral-y-las-ideas-de-izquierda/

desprecio antisindical consensuado entre la derecha y el gobierno, quedando claro también la falta de poder de los trabajadores y la intrascendencia de la CUT en esta discusión. Y todo esto en un contexto de numerosos casos de corrupción y de vínculos espurios entre dinero y política.

Es así como el jueves 8 de septiembre de 2016 fue publicado el resultado "tipo engendro" que generó toda esta discusión legislativa: la ley N° 20.940.

Por otro lado, resultó claro el nulo poder político que tenemos los académicos. De hecho, varios laboralistas habíamos publicado en el 2013 un Manifiesto Laboral[2] con miras a la consagración plena de la libertad sindical en Chile[3]. Nada de esto ha sido considerado por el gobierno.

Con el Plan Laboral heredado de la dictadura, la cobertura de la negociación colectiva en Chile es menor de un 10% de los trabajadores[4].

Es por ello que el panorama para un cambio parecía propicio, ya que el gobierno hablaba de un nuevo de paradigma y tenía mayoría parlamentaria.

Sin embargo, los acontecimientos han sido diferentes. Siguiendo la tendencia mundial el gobierno de Bachelet ha aprobado un reforma neoliberal[5], que fortifica

[2] http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2013/05/Manifiesto-por-un-Nuevo-Modelo-de-Relaciones-Laborales.pdf

Sobre el Manifiesto véase: Durán, Gonzalo (2013), "Panorama sindical y la negociación colectiva en el Chile de los US$ 22.655 como ingreso per cápita", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, Vol. III, pp. 85 y ss.; Caamaño Rojo, Eduardo (2013); "La huelga y los servicios esenciales: La propuesta del 'Manifiesto Laboral'", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, Vol. III, pp. 101 y ss.; López Fernández, Diego (2013), "Por una reforma laboral de verdad", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, Vol. III, pp. 111 y ss., y Puccio Wulkau, Manuel (2013), "La ampliación del contenido de la negociación colectiva. Una cuestión necesaria y sus desafíos ante la superación de la institucionalidad actual", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, Vol. III, pp. 117 y ss.

[3] Gamonal Contreras, Sergio (2013), "Comentario al Manifiesto Laboral chileno", Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo *ADAPT*, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (Italia), Volumen 1, N° 3, julio-septiembre de 2013, pp. 53-62, disponible en: http://adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/issue/current.

Véase también: Ugarte Cataldo, José Luis (2014), "La huelga en el Derecho Laboral chileno: Superando el espejismo", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, N° 4, pp. 63 y ss.

[4] En el 2013 la tasa de cobertura de negociación colectiva era de 8,4% y la de sindicalización del 14,2%. Es decir, en Chile los trabajadores sindicalizados son casi el doble de los que negocian. En otras palabras, muchos sindicatos y empresas no negocian colectivamente. Véase Durán, Gonzalo y Mario Kremerman (2016), *Sindicatos y Negociación Colectiva*, Santiago, Fundación Sol, 2015, disponible en: http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2016/05/Sindicatos-y-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.pdf (visitada el 28 de septiembre de 2016).

[5] Gamonal Contreras, Sergio (2014), "La negociación Colectiva y su desaparición en Chile: Entre Neoliberalismo y Neofeudalismo", *El Derecho a la Negociación Colectiva* (Liber Amicorum

la legislación de Pinochet, aunque en su discurso se lo intente mostrar como un avance en favor de los trabajadores. Se trata, en realidad, de un nuevo retroceso.

En pocas palabras podríamos sintetizar este retroceso en los siguientes puntos:

I. Se disminuyen derechos existentes, como por ejemplo, se aumenta el número mínimo de trabajadores para formar un sindicato y se amplía la posibilidad de prohibir la huelga por servicios esenciales.

II. Se consagran más límites al sindicalismo, contemplando nuevas prácticas antisindicales que pueden implicar sanciones cuando se ejerzan derechos sindicales de mala fe o con abuso del derecho.

III. Se permite que el empleador solicite la disolución del sindicato.

IV. Se permite a la empresa principal contratar directamente trabajadores reemplazantes de los contratistas en huelga legal.

V. Se hace aún más engorroso el procedimiento de negociación colectiva.

VI. Se limitan los efectos del contrato colectivo en el tiempo (ultraactividad una vez extinguido).

VII. Se suprime la obligatoriedad, para el empleador, del contrato colectivo forzoso.

VIII. Una de las propagandas del proyecto era que se prohibiría el reemplazo de trabajadores en huelga. Si bien así se hace, se consagran otras facultades que permiten al empleador reemplazar igualmente a los huelguistas, como por ejemplo: la nueva ley dice que la huelga no afectará la libertad de trabajo de los no huelguistas; se faculta al empleador a hacer las adecuaciones necesarias para que los no huelguistas puedan seguir trabajando; se establece la obligación en todas las huelgas de proveer servicios mínimos al empleador para proteger los bienes corporales e instalaciones de la empresa, prevenir accidentes, atender servicios de utilidad pública, o necesidades básicas de la población y para la prevención de daños ambientales. Lo anterior, sin perjuicio de ampliar las ya extensas normas sobre servicios esenciales dejadas por la dictadura.

IX. Se permite que el empleador lleve el pulso de la huelga, obligando a los trabajadores a votar nuevas ofertas.

X. Esta nueva ley limita la posibilidad de recurrir a los piquetes sindicales.

XI. En definitiva, se mantiene la ultra reglamentación autoritaria de Pinochet, con 100 artículos destinados a restringir y debilitar los sindicatos y la negociación colectiva.

Más allá de la propaganda del Gobierno, la síntesis hecha habla por sí sola del mal momento de los sindicatos y trabajadores en Chile.

Profesor Antonio Ojeda Avilés), Coordinador: Juan Gorelli Hernández, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp. 147-152.

Se trata de una ley incoherente con el principio de libertad sindical, que refuerza el sistema autoritario y no moderno de relaciones laborales en nuestro país, más de tipo servil y neofeudal que el de una sociedad avanzada del siglo XXI.

Ante esta nueva ley surgen diversos problemas interpretativos para los operadores del derecho. ¿Cómo deberá glosarse esta reforma? ¿Qué instrumental político/técnico deberá utilizarse para salvar sus incoherencias, vacíos y antinomias? En este trabajo propondremos un camino hermenéutico. Para estos efectos, en los capítulos siguientes nos referiremos al principio de libertad sindical, a su interpretación y a cómo conjugar este principio con esta ley engendro.

II. Un principio claro y global

La libertad sindical es un derecho fundamental. No cabe duda de ello: se encuentra reconocida en las principales constituciones y tratados internacionales de derechos humanos.

Este es un tópico claro y desarrollado por la doctrina nacional y extranjera, por ello estimamos que no es del caso detenernos *in extenso* en este punto.

La libertad sindical comprende tanto al sindicato, como a la negociación colectiva y el derecho de huelga. Estos tres elementos son inseparables de su esencia, según es posible corroborar de importantes pronunciamientos jurisprudenciales. Haremos una breve referencia a 4 de estos. El caso Baena, Enerji, Saskatchewan y Promolinks.

En Baena y otros *vs.* Panamá[6], la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la libertad de asociación sindical es clave en la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos[7]. Panamá había despedido a 270 trabajadores del sector público por haber participado en una huelga ilegal. El alegato de este país era, entre otros, que la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, sólo consagra la libertad de asociación con fines sindicales (art. 16), sin comprender "expresamente" el derecho de huelga y, por tanto, excluyéndolo de la Convención. Por el contrario, la Corte estimó desproporcionadas las medidas de Panamá considerando que se había violado el derecho a la libertad de asociación y que dicho Estado debía reintegrar a los trabajadores, indemnizar el daño material y moral producido, y reembolsar costas y gastos[8].

[6] *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001,

[7] Gamonal Contreras, Sergio (2011), *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2ª edición revisada y actualizada, Santiago, AbeledoPerrot, p. 62.

[8] *Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, párrafos 172, 173, 204, 205, 206, 208 y 214.

En el caso Enerji Yapei-Yol Sen contra Turquía[9], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de Estrasburgo) se pronuncia acerca del alcance del art. 11 Nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que expresa: "Art. 11. Libertad de reunión y de asociación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses".

Ya en un caso anterior, Demir y Baykara contra Turquía[10], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había dictaminado que el derecho de llevar a cabo negociaciones colectivas con el empleador ha llegado a ser, en principio, uno de los elementos esenciales del derecho a sindicación del art. 11[11].

En Enerji, el gobierno turco había sancionado disciplinariamente a varios funcionarios por haber participado en una jornada de huelga nacional, para el reconocimiento del derecho a un convenio colectivo en el marco de los trabajos de armonización de la legislación turca con los convenios internacionales, en materia de derecho sindical de los funcionarios estatales. El Tribunal Europeo precisa que si bien el derecho de huelga no tiene carácter absoluto, al poder ser sometido a condiciones y restricciones, ello no permite prohibirlo respecto de los funcionarios en general o de los trabajadores públicos de empresas comerciales o industriales del Estado. Y el gobierno turco había emitido una circular prohibiendo de manera absoluta, a todos los funcionarios, el derecho de huelga, produciéndose una restricción desproporcionada de la libertad sindical[12].

En el caso Saskatchewan Federation of Labour *v.* Saskatchewan[13], la Corte Suprema de Canadá precisó que sin derecho de huelga la negociación colectiva no tiene sentido alguno. Debemos precisar que el art. 2 letra d) de la Carta Constitucional de Derechos, de Canadá, del año 1982, dispone: "Todas las personas tienen las siguientes libertades fundamentales: d) libertad de asociación"[14].

En este asunto, se cuestionaba la legitimidad de dos leyes: The Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2 (PSESA) y The Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008. La primera prohibía huelga en servicios esenciales

[9] Sentencia de 21 de abril de 2009.

[10] Sentencia de 12 de noviembre de 2008.

[11] Martín Huertas, Mª. Ascensión (2010), "Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 23, julio-diciembre de 2010; pp. 93 y 94.

[12] Martín Huertas, 2010, pp. 101 y 102.

[13] 2015 CSC 4 de 30 de enero de 2015.

[14] El texto en inglés dice: *"Fundamental Freedoms. 2. Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; (c) freedom of peaceful assembly; and (d) freedom of association".*

en trabajadores del sector público. En el tribunal instancia se les dio razón a los sindicatos, en segunda instancia al gobierno y finalmente esto es revertido en la sentencia de la Corte Suprema[15].

En consecuencia, se determinó que el derecho de huelga queda comprendido dentro de la libertad de asociación consagrada en el art. 2 letra d) de la Carta Constitucional de Derechos, expresando la Corte canadiense que: "El derecho de huelga no deriva solamente de la negociación colectiva, es un elemento indispensable de la misma. Nos parece que es momento de dar consagración constitucional a esta conclusión"[16].

Por último, pero no por ello menos importante, nuestra Corte Suprema a fines de 2014 dicta la sentencia Promolinks[17], en armonía con las sentencias extranjeras que hemos descrito en este capítulo[18]. En esta sentencia la Corte Suprema desarrolla ampliamente la naturaleza de derecho fundamental de la huelga y su reconocimiento en el derecho nacional. Es un fallo bastante fundado que hace referencia a los fines y fundamentos de la huelga[19], al origen histórico del Plan Laboral[20], a la huelga en el derecho internacional[21], a su naturaleza de derecho constitucional en Chile[22], a su esencialidad respecto de la negociación colectiva[23], agregando argumentos sociológicos y teleológicos[24], en una lectura sistemática de la Constitución de 1980[25].

¿Y la sentencia del TC sobre la Reforma Laboral?[26] La verdad es que esta sentencia tiene la fuerza del enclave autoritario que la sostiene, pero argumentativa-

[15] Con la segunda ley (Trade Union Amendment Act) fue un poco distinto, ya que en segunda instancia pierde nuevamente el gobierno y se les da la razón a los sindicatos.

[16] Véase Potvin, Charles Tremblay and Brunelle, Christian (2015), "La liberté constitutionnelle d'association ou Canada: dialogue social ou monologue judiciaire", *Revue Juridique Themis*, Vol. 49, p. 316, y Souter, Janelle (2015), "'Clearly the Arc Bends': *Stare decisis* and *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*", *Saskatchewan Law Review*, Vol. 78, pp. 397-410.

[17] Corte Suprema, Rol N° 3514-2014 de fecha 4 de diciembre de 2014.

[18] Véase el comentario de sentencia realizado por: Ugarte Cataldo, José Luis (2015), "Huelga como Derecho Fundamental", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Thomson Reuters Chile, N° 1, 2015, pp. 228-230.

[19] Considerandos 10 a 12.

[20] Considerandos 13 a 16.

[21] Considerandos 17 a 20.

[22] Considerando 23.

[23] Considerandos 29 y 30.

[24] Considerandos 31 a 34.

[25] Considerandos 35 y 36.

[26] Rol N° 3016 de 9 de mayo de 2016.

mente hablando es fuerza bruta y absolutamente carente de persuasión, dado que las razones de la mayoría son claramente deficientes y dan la espalda a los últimos 150 años de desarrollo del derecho. Es como si fuera del 1800.

Por ejemplo, nuestro TC (voto de mayoría) estima que la interpretación de la constitución no debe ser neutra sino facciosa (p. 49), cita mal y en forma descontextualizada al abogado que representaba al gobierno (p. 90), precisa que no se le ha solicitado el control de convencionalidad de la ley para así no tener que referirse a los tratados internacionales de derechos humanos que consagran la libertad sindical y que están vigentes en nuestro país (pp. 73 y 86), y no entiende el sentido de los Convenios 135 y 154 de la OIT, demostrando una ignorancia alarmante en un tribunal que se supone integrado por juristas (p. 80).

Por esta razón esta sentencia del TC está condenada al olvido, por su intrascendencia argumental, quedando reducida su importancia a su carácter político de defensa del autoritarismo del Plan Laboral.

III. La interpretación de la libertad sindical

La interpretación del derecho colectivo debe ser teleológica, considerando su finalidad protectora de los trabajadores y por ello tanto los preceptos constitucionales y legales deberán interpretarse a la luz del principio de libertad sindical, en forma extensiva respecto de sus titulares y restrictiva respecto de los poderes públicos[27].

Hace bastantes años destacábamos que la interpretación de la libertad sindical, atendida su naturaleza de derecho humano esencial, debe guiarse también por los principios del derecho constitucional y del derecho internacional, considerando el principio *pro libertate,* como presunción general a favor de la libertad del ciudadano y la interpretación *pro hominis,* esto es siempre a favor del individuo. Estas reglas de interpretación en alguna medida encuentran su correspondencia en el derecho del trabajo en la regla *in dubio pro operario*[28].

El principio *in dubio pro libertatis,* en palabras de Enrique Pérez Luño: "tiende a ampliarse en el postulado *favor libertatis,* o sea, no significa sólo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendiente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales. Ello implica reemplazar la interpretación estática y defensiva de dicho principio, por su caracterización positiva y dinámica. Supone, al propio tiempo, contemplar el sistema de los derechos y libertades fundamentales como un todo unitario. Lo que obliga al intérprete a no considerar cada uno de los derechos fundamentales como un compartimiento estanco dotado de una

[27] Gamonal Contreras, Sergio (2002), *Derecho Colectivo del Trabajo*, Santiago, LexisNexis, p. 475.

[28] Gamonal, 2002, pp. 475 y 476. Hemos suprimido las citas al pie del párrafo original.

lógica propia y un sentido autosuficiente, sino como un elemento de un sistema unitario que expresa una estructura coherente y jerarquizada en función de los valores que lo informan"[29].

Por su parte, la interpretación *pro hominis* en el derecho internacional, a favor de los derechos humanos del individuo, se expresa, según Cecilia Medina en que: "La mención del objetivo y fin del tratado como un elemento de interpretación confiere a ésta un carácter dinámico. El tratado debe ser leído de tal manera que la norma se interprete en el sentido que más se avenga con ellos. En el caso de los derechos humanos, como ya lo dijimos, el objetivo y fin de los tratados que los consagran o garantizan es proteger la dignidad humana, concediendo a los individuos salvaguardias frente a la posibilidad de abuso de los gobernantes y otorgándoles el derecho de exigir al Estado que organice la sociedad de tal manera que la posibilidad del goce y ejercicio de dichos derechos les esté garantizada. Siendo esto así, se sigue que la formulación de los derechos debe interpretarse de una manera amplia y dinámica, mientras que las restricciones de los derechos necesitan de una interpretación restrictiva"[30].

De esta forma y en aplicación de estos principios tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la Corte Suprema de Canadá y como la Corte Suprema chilena han interpretado y defendido el alcance de la libertad sindical.

IV. Desatando el nudo gordiano

Volvamos, entonces, para ir concluyendo, a las dudas que planteábamos en el primer acápite de este trabajo: ¿Cómo deberá glosarse esta reforma? ¿Qué instrumental político/técnico deberá utilizarse para salvar sus incoherencias, vacíos y antinomias?

A esta altura resulta claro que el intérprete deberá sostenerse sobre el principio de libertad sindical en base al *in dubio pro libertate* y a la interpretación *pro homine*. Ambas en concordancia con la regla *in dubio pro operario* del derecho del trabajo.

¿Cómo se va a desarrollar esta interpretación? ¿Cómo se articularán estos principios con el texto, a veces caótico, de esta ley? ¿Cómo se podrá compatibilizar una interpretación principista cuando resulta claro que la intención del gobierno y de la oposición fue netamente antisindical?

[29] Pérez Luño, Antonio E. (1995), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª edición, Madrid, Tecnos, pp. 315 y 316.

[30] Medina Quiroga, Cecilia (1996), "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos Humanos*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, serie publicaciones especiales N° 6, p. 81. Hemos suprimido la nota al pie del párrafo original.

Partamos por lo último. El gobierno se ha burlado de los ciudadanos y de sus electores, defendiendo, en el fondo, los intereses de sus financistas y no de las personas. Por ello, poco importan sus intenciones, nadie puede aprovecharse de su propio dolo, el gobierno ensalzaba el principio de libertad sindical en el mensaje del proyecto y, por tanto, no es posible sostener un giro coperniquiano interpretativo para decir que arriba es abajo o que blanco es negro, y que libertad sindical implica exterminar a los sindicatos.

Y ¿cómo se articulará y desarrollará la interpretación de esta ley desde los principios? Obviamente resolviendo todos los conflictos en base al principio de libertad sindical. Para ilustrarlo veamos un par de ejemplos.

Ejemplo 1: El art. 345 inciso segundo establece que la huelga no afectará la libertad de trabajo de los no huelguistas. Y el art. 403 d) permite al empleador hacer las adecuaciones necesarias para que los no huelguistas trabajen. Sin embargo, el art. 345 se inicia declarando que la huelga es un derecho, agregando en su inciso segundo que se prohíbe el reemplazo.

Como vemos esta normativa es bipolar. ¿Es o no la huelga un derecho? Si es un derecho y para que sea efectiva debe poder paralizar las faenas. De esta forma logra persuadir al empleador para que negocie. De lo contrario, no hay incentivo para negociar como ocurre actualmente con la posibilidad de reemplazo. Una huelga inútil no es un incentivo para negociar. Pero si empleador puede hacer adecuaciones necesarias para que los no huelguistas trabajen y, por ende, se pueda neutralizar la huelga, la huelga no pasa de ser un derecho semántico.

¿Qué postura deberá tener el intérprete frente a esta legislación tan ambigua que consagra una suerte de reemplazo encubierto? La postura de nuestra Corte Suprema en el caso Promolinks. Es decir, la libertad sindical, incluyendo el derecho de huelga, son derechos fundamentales en Chile[31]. Por tanto, el art. 345 incisos primero y segundo, sobre derecho de huelga y prohibición de reemplazo, deberán interpretarse extensivamente y la libertad de trabajo del no huelguista (que puede estar de acuerdo con la huelga pero no atreverse a sumarse a la misma[32]) y las adecuaciones necesarias restrictivamente. Estos preceptos no pueden implicar reemplazo encubierto, ni neutralizar la huelga afectando su esencia.

Ejemplo 2: El art. 408 establece la posibilidad de que las federaciones y confederaciones negocien colectivamente con uno o más empleadores. Esta negociación es voluntaria para estos últimos. ¿Cuál es el alcance de este precepto?

Alternativa 1 (en las cercanías del año 1800...): Se trata de una negociación voluntaria y sin procedimiento reglado. Por tanto, no hay derecho de huelga. Las

[31] El mismo requerimiento presentado por la derecha ante el Tribunal Constitucional reconoce que el derecho de huelga es un derecho constitucional (p. 21), señalando, además, que la negociación semireglada (art. 315) es inconstitucional por no contemplar ni huelga ni fuero.

[32] Debo esta idea al profesor José Luis Ugarte.

federaciones y confederaciones solicitarán negociar y sus empleadores se negarán, como ha sido la práctica en los actuales arts. 334 y ss. del Código del Trabajo. Si el legislador no lo contempla expresamente no es posible recurrir a la huelga.

Alternativa 2: La huelga es un derecho fundamental que conforma un pilar de la libertad sindical y se encuentra consagrado en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile. En consecuencia, las federaciones y confederaciones podrán recurrir a una huelga si se les cierran las puertas para negociar. Y podrán utilizar la huelga durante esa negociación. Y podrán ir a huelga si no se cumplen los acuerdos. Esta es la tesis, además, de la OIT, cuando en el art. 4 del Convenio 98 se afirma que los gobiernos deben propender a sistemas voluntarios de negociación colectiva. La voluntariedad se basa en un derecho de huelga real y efectivo de los trabajadores. Es Chile quien tiene una legislación del tercer mundo, y que al no contemplar la huelga salvo como última instancia de la negociación reglada se ve forzado a obligar al empleador a negociar y contratar[33]. Como vemos, esta segunda alternativa permite que haya una negociación ramal de verdad y un derecho a negociación colectiva real y no de entelequia, gracias a una interpretación acorde con los derechos fundamentales.

Ante la falta de consecuencia del legislador y la carencia de fuerza del movimiento sindical dentro del proceso político, será la disputa interpretativa quien tendrá la última palabra sobre el alcance de esta ley de modernización de las relaciones laborales.

Referencias bibliográficas

Caamaño Rojo, Eduardo (2015), "Revisitando la prisión: crítica a las bases fundantes del actual modelo de negociación colectiva en Chile y su propuesta de reforma", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, N° 3.

Caamaño Rojo, Eduardo (2013); "La huelga y los servicios esenciales: La propuesta del 'Manifiesto Laboral'", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, Vol. III.

Durán, Gonzalo y Mario Kremerman (2016), Sindicatos y Negociación Colectiva, Santiago, Fundación Sol, 2015, disponible en: http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2016/05/Sindicatos-y-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.pdf.

Durán, Gonzalo (2013), "Panorama sindical y la negociación colectiva en el Chile de los US$ 22.655 como ingreso per cápita", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, Vol. III.

[33] Gamonal, 2002, p. 274.

Gamonal Contreras, Sergio (2015), "La reforma Laboral: Un paso adelante y dos atrás", *Revista Laboral Chilena,* junio 2015.

Gamonal Contreras, Sergio (2015), "La reforma laboral y las ideas de izquierda", diario electrónico *El Mostrador,* disponible en: http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/08/25/la-reforma-laboral-y-las-ideas-de-izquierda/.

Gamonal Contreras, Sergio, (2014) "La negociación Colectiva y su desaparición en Chile: Entre Neoliberalismo y Neofeudalismo", *El Derecho a la Negociación Colectiva* (Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés), Coordinador: Juan Gorelli Hernández, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

Gamonal Contreras, Sergio (2013), "Comentario al Manifiesto Laboral chileno", Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo *ADAPT, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (Italia), Volumen 1, N° 3, julio-septiembre de 2013, disponible en: http://adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/issue/current.

Gamonal Contreras, Sergio (2011), *Derecho Colectivo del Trabajo,* 2ª edición revisada y actualizada, Santiago, AbeledoPerrot.

Gamonal Contreras, Sergio (2002), *Derecho Colectivo del Trabajo,* Santiago, LexisNexis.

López Fernández, Diego (2013), "Por una reforma laboral de verdad", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, Vol. III.

Marzi Muñoz, Daniela (2015), "Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de Reforma al Derecho Colectivo: el sendero de un legislador sin convicción", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, N° 4.

Martín Huertas, Ma. Ascensión (2010), "Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y a sindicatos", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* Núm. 23, julio-diciembre de 2010.

Medina Quiroga, Cecilia (1996), "El derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos Humanos,* Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, serie publicaciones especiales N° 6.

Pérez Luño, Antonio E. (1995), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* 5ª edición, Madrid, Tecnos.

Potvin, Charles Tremblay and Brunelle, Christian (2015), "La liberté constitutionnelle d'association ou Canada: dialogue social ou monologue judiciaire", *Revue Juridique Themis,* Vol. 49.

Puccio Wulkau, Manuel (2013), "La ampliación del contenido de la negociación colectiva. Una cuestión necesaria y sus desafíos ante la superación de la insti-

tucionalidad actual", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, Vol. III.

Souter, Janelle (2015), "'Clearly the Arc Bends': Stare decisis and Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan", *Saskatchewan Law Review,* Vol. 78.

Ugarte Cataldo, José Luis (2015), "Huelga como Derecho Fundamental", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, N° 1, 2015.

Ugarte Cataldo, José Luis (2014), "La huelga en el Derecho Laboral chileno: Superando el espejismo", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social,* Thomson Reuters Chile, N° 4, 2014.