



Trabajo y Dignidad.

Constitución y Derecho Laboral

© Marcela Díaz Méndez

Primera edición, 500 ejemplares, julio 2021

Registro de Propiedad Intelectual 2021-A-5695

ISBN: 978-956-09661-0-0

Diseño de portada y diagramación

Ángela Aguilera Álfaro

angela@abeduldiseno.cl

Imagen de Portada

Ángela Aguilera,

collage con fotografías de Unsplash.

Corrección de prueba

Gráfica LOM

Impreso en Gráfica LOM

Santiago de Chile 2021

Trabajo y Dignidad

Constitución y Derecho laboral

Marcela Díaz Méndez

Nelson Pozo Silva
Editor



Índice

Colección insurgente	7
Prólogo	9
Nelson Pozo Silva	
Introducción	13
I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a como sujeto/a de derechos y su protección constitucional/legal	19
I.1. ¿Por qué no avanzamos? Una pequeña muestra:	19
I.2. El trabajo como libertad, como deber o como derecho. La estrecha relación con el Estado y la Sociedad	24
I.2.1. La libertad de trabajo y su protección	26
I.3. El trabajo como Deber y/o como Derecho	32
I.4. La Constitución de Uruguay y la no constitucionalización del Derecho al Trabajo	38
I.5. El Derecho a un trabajo Decente y Digno y, a la no discriminación	40
I.5.1. La dignidad y el trabajo decente	44
II. Derecho Colectivo del Trabajo, su protección y garantías constitucionales	47
II.1. La Dictadura, el Plan Laboral y el actual Derecho Colectivo	47
II.2. Negociación Colectiva Ramal	53

TRABAJO Y DIGNIDAD

II.3. El Derecho a Huelga	59
II.3.1.La huelga que no paraliza	62
II.4. La Seguridad Social	71
II.4.1.El Sistema Previsional chileno	82
III. Nueva Constitución y perspectiva de género en el Derecho del Trabajo	89
III.1. El Sistema Sexo-Género y el Patriarcado	91
Conclusiones	98
Bibliografía	99

Colección insurgente

LA CONMOCIÓN SOCIAL DEL 18 DE OCTUBRE DE 2019 constituye un hito histórico en el pasado reciente de Chile, tal vez sólo comparado con la experiencia de la Unidad Popular, proceso que intentó romper con las desigualdades sociales, intención que se vio frustrada violentamente por un golpe cívico-militar en septiembre de 1973.

La irrupción de esta masiva movilización social, con diversidad de modalidades de protesta y que continúa presente a lo largo y ancho del país, ha cuestionado los cimientos mismos del modelo económico neoliberal gestado en dictadura que, tras pactos silenciosos, permitieron que la matriz política e institucional se desarrollara en la denominada transición “democrática”. El escudo protector de este proceso postdictadura se encuentra representado en la Constitución de 1980, de origen no sano, a lo menos dudoso, pero que aún con ciertos maquillajes transicionales no cuestionaron la esencia de su contenido ideológico.

Pero también el Estallido Social, –no sólo de trascendencia nacional, sino también en el ámbito internacional–, nos recuerda el abrir las “Grandes Alamedas” para el desarrollo de un proceso constituyente, hasta ahora, inédito en Chile. Y esto marca el sello de relevancia histórica de esta conmoción ciudadana.

La Colección Insurgente nace en este contexto político y social, de efervescencia social, como una forma de contri-

TRABAJO Y DIGNIDAD

buir al debate de ideas sobre el proceso constituyente con vistas a la construcción de una nueva Carta Fundamental. Es nuestra intención que la nueva Carta Magna establezca y asegure la construcción de un “Estado Social y Democrático de Derecho” con todas las consecuencias sociales favorables a la ciudadanía. En esa idea apuntan las obras de la presente colección.

Los Editores

Prólogo

Prologar un libro es siempre un honor y un desafío.

Como no existen originales de los autores griegos y romanos, sino sólo fragmentos sobre papiros de literatos e historiadores, en la mayoría de las veces desconocidos. La clave resulta que gran parte de nuestro cometido es tratar de acercarse como sea posible al “original” con los medios disponibles.

El mérito de la autora de este libro: Marcela Díaz Méndez, corresponde, a mi juicio, a un copista como auténtico artífice y creador de textos que han logrado sobrevivir, sin embargo, tal como expresó G.C. Lewis, [...] la publicación de un libro era, entonces, un evento asaz menos definido y preciso de lo que se ha convertido después a partir de la invención de la imprenta. Cuando Platón, Jenofonte, Aristóteles, habían compuesto una obra, probablemente la leían – o leían partes de ella – a algunos de sus amigos o discípulos. Y acaso también algunos lograban hacerse con copias. Pero la publicación era tan limitada que el autor tranquilamente continuaba revisando su obra a lo largo de todo el tiempo que conservaba el interés por la materia. (El copista como autor, Luciano Canfora, Ed. Delirio S.L., 2014, Madrid, España).

Marcela Díaz Méndez es jueza en el ámbito laboral en la ciudad de Iquique, y ejerce como académica e investigadora en una Universidad de la misma ciudad.

El tema que desarrolla la obra, ve en la Constitución y la ley reglas y principios que son conocidos y que guían a los jueces laborales. Por otro lado, la interpretación conforme a la particular visión de la justicia, del derecho o la adaptación de su ideología, siempre tiende a que en el debate jurídico estén presente factores políticos o de grupos específicos, lo que en forma progresiva requiere un proceso angular en el derecho mediante la elaboración de sentencias judiciales acordes a la racionalidad y ponderación del sentenciador.

No es del caso repetir o abreviar el contenido del texto de esta obra magnífica. La convicción del fenómeno peculiar en la actualidad consiste que en el campo de su indagación e investigación la autora, incluso más que el original, se esfuma entre las sombras. Un ejemplo lo entrega la historiografía de parte no redactadas por Demóstenes, ya anunciada en la mitad de la Primera Filípica, donde se refleja la trampa de las aportaciones y muestra de manera viva e inmediata qué debería ser el “estado mayor”, el staff, la impronta de un leader político o social.

¿A qué nos conduce el destino de lo anteriormente razonado?

Nos lleva a un dilema no menor. La modernidad que acompaña a todo escritor en su misión, en sus espejismos y sus realidades, sus vértigos y sus dádivas inesperadas, son parte de una biografía intelectual e incluso poética.

Es por eso que universalidad, modernidad y democracia son hoy términos inseparables. Cada uno depende y exige la presencia de los otros. La defensa de la modernidad democrática, debo señalarlo, no ha sido ni es fácil.

Prólogo

Por un lado, la profesora Díaz Méndez no deja de sorprender con el valioso y actualizado material bibliográfico que utiliza con savia maestría en su trabajo.

En segundo término, alabamos la cercanía a la práctica jurisdiccional, puesto que sólo quienes hemos desempeñado una función de esa naturaleza podemos evaluar el esfuerzo intelectual y emocional que implica dar sustancia razonable al fallo judicial.

La meritoria trayectoria de Marcela Díaz Méndez, en el campo académico y en la práctica judicial, quedan plenamente plasmadas en esta obra sobre “Trabajo y Dignidad.”

No puedo terminar sin señalar parafraseando a Octavio Paz, quien en su obra “También soy escritura”, expresó: “Mallarmé introduce la negación, la crítica dentro de la escritura. Yo no puedo distinguir entre leer, escribir y vivir. La vida es un tejido, casi un texto. Mejor dicho, un texto es un tejido no sólo de palabras sino de experiencias y visiones. Pero hay que escribir frente a algo, el ruido, la ciudad, los árboles... la literatura es una transgresión, en primer lugar, del lenguaje”.

¡Enhorabuena Marcela!

NELSON POZO SILVA
Santiago de Chile, julio de 2021.

Introducción

LAS DIFERENTES APROXIMACIONES AL TRABAJO A LO largo de nuestra historia constitucional, nos revelan que las Constituciones Chilenas¹ en particular y nuestro ordenamiento jurídico en general, han concebido el Trabajo en Chile, como un fenómeno socialmente necesario, pero que debe ser regulado a la luz de la productividad del trabajador, desde una impronta proteccionista de mínimos a los que deberá ajustarse el Estado² en relación al bienestar de

¹ En este sentido, debemos tener presente que con la organización de los trabajadores chilenos comenzó a generarse, en forma organizada, a partir de fines del siglo XIX y comienzos del XX, por medio de protestas masivas de trabajadoras y trabajadores que dan lugar, finalmente, al compendio de un grupo de leyes laborales sueltas, el primer Código del Trabajo chileno, en 1931.

En este sentido, la Constitución de 1833 en consonancia con la Constitución de 1822, sólo da cuenta de la igualdad del ciudadano chileno ante la ley y del acceso al empleo, entendiéndose por “empleo” el de carácter público, toda vez que el trabajo asalariado se encontraba regulado en el Código Civil (Mercantil), como un contrato de arrendamiento de servicios. Así se indica, en la señalada Constitución:

“CAPITULO V

Derecho público de Chile

Art. 12. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

1º La igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada;

2º La admisión a todos los empleos i funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes.” En, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=137535>

² La Constitución de 1925, respecto de la Garantías Constitucionales, nuevamente, determina el acceso del ciudadano chileno a las funciones públicas y, en su numeral 14, deja en manos del Estado (al que ordenaba –proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar-), mediante una regulación legal, la organización del trabajo, la industria y la previsión social, esta última, espe-

los ciudadanos, hasta una concepción de *laissez faire*, en que se realza al trabajador/a como sujeto/a individual³ in-

cialmente, respecto de la habitación y las condiciones económicas de vida del chileno:

“CAPITULO III

Garantías Constitucionales

Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

8.o La admisión a todos los empleos y funciones públicas, sin otras condiciones que las que impongan las leyes; (...)

14.o La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia. La ley regulará esta organización. El Estado propenderá a la conveniente división de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad, y ...”

Cabe destacar que este artículo fue modificado, por ley 17.391 de 09 de enero de 1971, en que por primera vez se eleva a la calidad de garantía Constitucional no sólo libertad de trabajo, sino que su protección, así como el derecho a sindicarse y el derecho a huelga, estos últimos conforme regulación legal en los siguientes términos:

“14.o La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley. Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así;...”

³ El mejor ejemplo ha sido develado con la excepción sanitaria que nos afecta, puesto que, las y los trabajadoras y trabajadores chilenos (aquellos que

Introducción

serto en una realidad económica como eje conductor de la realidad laboral.

En este escenario es posible advertir que, históricamente, nuestro Derecho del Trabajo, analizado a la luz de los principios propios de este Derecho y de su *status internacional*, nos sitúan en una realidad jurídica precaria y limitada, puesto que, su desarrollo ha sido impedido, desde su enfoque normativo constitucional e interpretativo. En efecto, no podemos perder de vista que la doctrina y la jurisprudencia, también han jugado un papel significativo, al momento de la interpretación y establecimiento del significado de las normas constitucionales, las que aunque mínimas, por largos años fueron construyendo ideologemas⁴ difíciles de derrotar, tales como la existencia del pleno empleo en Chile, la meritocracia de los trabajadores ante la libertad de trabajo, el campo de acción de los sindicatos y la negociación colectiva debe darse *solo* al interior de las empresas, la huelga que no para es eficiente, los hombres trabajadores son los jefes de hogar, las mujeres trabajadoras representan gastos para las empresas (puesto que se embarazan y gozan de fuero), las mujeres son cuidadoras de los hijos y los parientes, –entre otras–; todo lo anterior, desconociendo los Tratados Internacionales ratificados por Chi-

han podido hacerlo) han debido enfrentar los costos del desempleo o de su reducción, mediante sus cuentas de capitalización individual de fondos de cesantía (Ley 21.227 y su modificación Ley 21.232) y ambos retiros del 10% (Ley 21.248 y Ley 21.295).

⁴ Entendido como constructo ideológico, desde el cual se interpreta el texto normativo y que redundante en la instrucción social y profesional, en torno a una verdad irrefutable.

le⁵ y la aplicación de los 62 Convenios vigentes que nuestro país ha ratificado ante la OIT.

Así las cosas, creemos que no sólo existe una limitante normativo-constitucional que traba nuestro desarrollo en el área del Derecho del Trabajo, sino también que dicha limitación ha radicado, por casi cuarenta años, en sus intérpretes. Por ello, debemos tener presente que, las normas constitucionales que verán la luz en una nueva Constitución para Chile no serán suficientes, si no contamos con buenos intérpretes, con más y mejores niveles de participación social y con un diálogo social permanente que contribuya a asentar este esfuerzo ciudadano conjunto que constituye el primer paso hacia cambios estructurales de nuestra sociedad.

De este modo, en primer término, deberemos repensar el sitio que ocupará el/la Trabajador/a y el Trabajo, en la sociedad chilena, por tantas décadas reducido al reconocimiento de libertades individuales y colectivas; libertades

⁵ En especial véase:

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972.
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Ratificado por el Estado de Chile el 10 de febrero de 1972.
3. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979. Ratificada por el Estado de Chile el 7 de diciembre de 1989.
4. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Ratificada por el Estado de Chile el 13 de agosto de 1990.
5. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990. Ratificada por el Estado de Chile el 21 de marzo de 2005.
6. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Ratificada por el Estado de Chile el 29 de julio de 2008.
7. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965. Ratificada por el Estado de Chile el 20 de octubre de 1971.

Introducción

que en una sociedad tan desigual como la nuestra ha redundado en desprotección y discriminación.

Al respecto, no podemos olvidar que la impronta social del Derecho del Trabajo se relaciona estrechamente con *la justicia social* proclamada por la OIT en el año 1919 y consagrada en la Declaración de Filadelfia, en mayo de 1944.

En este sentido, a nuestro juicio, nuestra nueva Constitución deberá contener normas que reflejen la tan anhelada Justicia Social, para las trabajadoras y trabajadores chilenos, en un espacio de reconocimiento del Trabajo Digno/Decente desde su perspectiva individual y el reconocimiento de la Libertad Sindical como un derecho inescindible del derecho a la sindicación, a la negociación colectiva y a la huelga.

Así las cosas, en las siguientes páginas expondremos las principales problemáticas que hemos debido enfrentar en materia laboral, a lo largo de los cuarenta años de vigencia de la actual Constitución Política de nuestro país, para lo cual nos referiremos a tres grandes temáticas respecto del trabajo en nuestro país: el Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a como sujeto/a de derechos y su protección constitucional/legal; el Derecho Colectivo del Trabajo, su protección y garantías; y el Trabajo con Perspectiva de Género.

I.

El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a como sujeto/a de derechos y su protección constitucional/legal

I.1. ¿Por qué no avanzamos? Una pequeña muestra:

Nos enfrentamos a un proceso político que demarcará nuestra estructura social, a partir del cual el legislador deberá modificar y/o –simplemente– avanzar en la dictación de nuevas leyes reguladoras.

Será un proceso de arduo trabajo y diálogo democrático, pero más que eso, será un proceso de inteligencia social e interpretativa, en que la interdisciplinariedad deberá ser la *vedette*, hacia la construcción de las bases de un Chile más justo.

En este escenario, ¿qué duda cabe?, que la relación del Derecho del Trabajo y la Constitución es estrechísima, sin ir muy lejos, esta simbiosis, la hemos podido evidenciar al enfrentarnos a la crisis, primero social (de octubre de 2019), luego sanitaria y en cualquier caso económica, en las cuales aún nos encontramos inmersos, donde los pilares constitucionales relacionados al trabajo han delineado, la respuesta del Estado ante las actuales demandas sociales.

Así las cosas, en un escenario de desempleo como el actual, en el que la Pandemia ha develado a nivel mundial y local, la precarización en que se encontraban las/os trabajadoras/es, dando cuenta que existe un enorme porcentaje de informalidad laboral⁶, al extremo de que podamos vernos enfrentados a un desempleo casi estructural; caemos en la cuenta que la incardinación del Plan Laboral de 1979, con los preceptos constitucionales relativos al trabajo, han terminado por someter a las y los trabajadoras/es de nuestro país, a resistir esta crisis, grandemente, sino exclusivamente, con sus propios recursos (AFC y AFP) –para quienes los tienen–, debiendo cargar con la responsabilidad de una Dictadura que transformó al Estado de Chile en un Estado Neoliberal y Subsidiario.

Es posible evidenciar que nuestra actual Constitución no cumple con la finalidad protectora del trabajo ni del trabajador, (entendiéndose que dicha protección puede realizarse en forma heterónoma o autónoma, esto es, directamente por el Estado o bien, por los propios trabajadores).

Debemos agregar que el Legislador chileno, a partir de 1989, tampoco ha cumplido cabalmente con su labor, en el sentido de arropar al Trabajo y al/el Trabajadora/or, con una normativa de carácter tuitivo real, haciendo de la legislación laboral interna, un verdadero Derecho del Trabajo, toda vez que sólo ha realizado modificaciones que repre-

⁶ La tasa de ocupación informal alcanzó 25,1%, descendiendo 2,8 pp. en doce meses. Asimismo, los ocupados informales disminuyeron 23,2%, incididos tanto por las mujeres (-27,7%) como por los hombres (-19,6%) y por los trabajadores por cuenta propia (-26,2%). En: <https://www.ine.cl/prensa/detalle-prensa/2020/11/27/ine-publica-resultados-de-la-encuesta-nacional-de-empleo-del-trimestre-agosto-octubre-de-2020>

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

sentan un maquillaje de las normas laborales fundadas en el Plan Laboral que ha seguido presente como una impronta imperecedera.

Sin ir más lejos, la Ley 20.940 que anunciaba cambios radicales y mejoras en el sistema de relaciones laborales, sólo vino a desmejorar y a sobre regular, a extremos imposibles, la negociación colectiva, existiendo en ella gran cantidad de normas contradictorias, incongruentes y vacías que no cumplen, finalmente, con los parámetros establecidos internacionalmente para la negociación colectiva y que dan cuenta de una actitud contumaz del Estado chileno, en el incumplimiento del Convenio N°98 de la OIT, ratificado por nuestro país el 01 de febrero de 1999.

Por otra parte, el extremado poder del Ejecutivo, en materia de remuneraciones y negociación colectiva, conforme lo previene el artículo 65 N°s 4 y 5 de la actual Constitución Política, teniendo la iniciativa exclusiva de Proyectos de Ley, en cuanto a *establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar*; a nuestro juicio, da cuenta de una injerencia escandalosa y brutal en materia laboral, que anula por completo, el carácter *-de suyo-* proteccionista del Derecho del Trabajo, puesto que, dicha norma constitucional, no hace otra cosa que anular el diálogo social entre empleadores, trabajadores y Estado.

Asimismo, el control normativo y su protección deberían encontrarse fortalecidos en nuestra próxima Constitución, a partir de una Administración Estatal eficiente, en la cual la Dirección del Trabajo goce de autonomía y poderes suficientes, para cumplir con la función para la cual fue creada, es decir, supervigilando el cumplimiento normati-

vo laboral y su aplicación, respecto de todas y todos los actores sociales empleadoras/es, trabajadoras/es incluyendo al Estado (cuando éste sea entendido como un empleador más). Lo anterior, puesto que, existe discrepancia de los interpretes respecto del rol de dicha institución.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando que:

Las funciones y potestades de la Dirección del Trabajo se enmarcan en un modelo institucional de aplicación de la legislación laboral esencialmente mixto, que involucra a la Administración del Estado y a los tribunales. Son rasgos fundamentales de este modelo su carácter general y de concurrencia coordinada. Es general porque la competencia de la Inspección del Trabajo abarca toda la normativa laboral comprendida en el Código del Trabajo y leyes complementarias, salvo contadas excepciones, y es coordinado porque es un modelo donde la concurrencia administrativa y judicial en el conocimiento de la aplicación de las normas laborales se encuentra articulada en modo sucesivo: la actuación administrativa precede a la actuación judicial. En este sentido, las actuaciones de fiscalización de la Inspección del Trabajo son revisables por los tribunales de justicia.⁷

De otra parte, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado:

Tercero: Que el recurrente argumentó que la institución recurrida se extralimitó en sus facultades al interpretar cláusulas contractuales de los contratos de prestación de servicios, cuestión que es de exclusiva y excluyente competencia de los Tribunales de Justicia y no de la Inspección del Trabajo.

⁷ Sentencia ROL 2671-14-INA, pronunciada por el Tribunal Constitucional. En: <https://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3178>

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

Cuarto: Que como puede advertirse de lo expuesto, la recurrida procedió –en las circunstancias apuntadas– a interpretar tres contratos de prestación de servicios a honorarios existentes entre (...), estableciendo que la recurrente no escribió los contratos de trabajo respectivos, actuación de la recurrida que constituye una cuestión que se encuentra al margen de las facultades conferidas a la Inspección del Trabajo por los artículos 503 y siguientes del Código de esta especialidad, la que debe ser resuelta por la judicatura especial que conoce de estos asuntos.⁸

⁸ Causa ROL 4141-2015, Voto en contra de la Sra. Ministra Sandoval que –por cierto– compartimos y que indica las siguientes consideraciones:

1° Que la autoridad administrativa está facultada para calificar jurídicamente los hechos, siendo esta actividad parte de la función administrativa. En efecto, es precisamente dicha calificación jurídica la que es indispensable para el ejercicio de esa labor, en particular para la sanción administrativa, por lo que, en consecuencia, no existe garantía constitucional alguna que deba protegerse por la presente vía, puesto que la Inspección del Trabajo de que se trata no ha actuado como comisión especial sino en el ejercicio de sus facultades.

2° Que el control de legalidad de los actos administrativos por parte del juez, fundamental para el estado de derecho, consiste en examinar los distintos elementos que lo integran, a saber: Procedimiento o forma, competencia, motivo, objeto y fin del acto.

En lo relativo a los motivos se precisa la revisión en lo referente a su existencia, como la pertinencia de los fundamentos invocados, actuación que se vincula con los hechos generadores de la actividad administrativa.

Como se ha dicho respecto de los antecedentes referidos a los motivos o causa eficiente del acto, el juez revisa y verifica su existencia, para luego, en un segundo paso y establecido lo anterior, determinar que la calificación jurídica de los hechos realizada por la autoridad, de ser ella necesaria, está amparada y guarda directa vinculación con la disposición que autoriza o regula el proceder administrativo. La apreciación de los hechos, para adoptar la decisión, esto es si son de la entidad necesaria para llevarle a tomar la determinación respectiva, queda dentro de la esfera propia de la autoridad administrativa, sólo ante una desproporción grave, manifiesta y evidente puede actuar el órgano jurisdiccional; pero el error en la misma apreciación o calificación jurídica de los hechos puede y debe ser controlada por el juez,

1.2. El trabajo como libertad, como deber o como derecho. La estrecha relación con el Estado y la Sociedad

Para abordar este tema, la primera pregunta que debemos hacernos es si se debe garantizar constitucionalmente el Trabajo y en dicho caso si se hace necesario garantizar constitucionalmente el Trabajo como un Derecho, como un Deber o si solo se debe proteger la libertad a su acceso.

Para responder a estas preguntas, diremos que el Trabajo, desde una perspectiva humana, no es otra cosa que la actividad productiva realizada por una persona, en la búsqueda de su propio beneficio y/o en el de su comunidad. En este sentido, la persona humana es vista como un ser social y –al mismo tiempo– como un sujeto/a de derechos, razón esta última, por la cual se encontrará facultada/o

circunstancia que en el caso de autos y para los efectos de resolver al presente acción cautelar, tales presupuestos no concurren.

Es más, precisamente regulando ese control, el legislador ha establecido la acción y procedimiento pertinente para revisar la resolución administrativa, en el artículo 503 del Código del Trabajo.

Por último, la sola circunstancia que la autoridad administrativa realice una calificación jurídica de los hechos dados por acreditados, no autoriza se acoja el recurso de protección en su contra.

3° Que la calificación jurídica de los hechos ocurre cada vez que en el procedimiento destinado a la dictación de un acto administrativo la autoridad administrativa aplica a un hecho una norma que le sirve de fundamento y que justifica su dictación, o un concepto jurídico indeterminado, por lo que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función. Por lo demás, así lo ha entendido la ley cuando, por ejemplo, el artículo 5 número 3 de la Ley N° 17.322 sobre Cobranza Judicial de Cotizaciones indica que la oposición del ejecutado será admisible cuando exista "Errada calificación de las funciones desempeñadas por el trabajador", lo que equivale a decir que ella es admisible cuando la Administración ha efectuado una errada calificación jurídica de los hechos.

4° Que al no haber incurrido la Inspección del Trabajo en una actuación arbitraria o ilegal, desde que actuó dentro de sus facultades legales, el recurso de protección deducido debe ser desestimado."

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

para tomar la decisión de realizar o no dicha actividad; no obstante, no podemos perder de vista que, al vivir en comunidad, el/la sujeto/a, además, cumple un rol social, por lo que, dicha decisión no podrá interferir negativamente, respecto del resto de la comunidad en que se desenvuelve.

En tal sentido, el profesor Mario de la Cueva expresa:

(...) el Derecho Del Trabajo ya no puede ser concebido como normas reguladoras de un intercambio de prestaciones patrimoniales, sino como el estatuto que la clase trabajadora impuso en la Constitución para definir su posición frente al capital y fijar los beneficios mínimos que deben corresponderle por la prestación de sus servicios. Un estatuto de y para el trabajador.

E) La definición del derecho del trabajo: la definición del nuevo estatuto ya no podrá ser una definición individualista y liberal, como 'la norma que regula el intercambio de prestaciones patrimoniales entre trabajadores y patronos', ni será tampoco una puramente formal, como 'la norma que regula las conductas externas en las relaciones obrero-patronales', sino que será una definición que tome en consideración el fin perseguido por la Declaración de derechos sociales y por la Ley que es la idea de la justicia social, espíritu vivo del contenido de las normas, una definición que pasará sobre la ceniza del formalismo y del individualismo para anunciar que 'el nuevo derecho es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital'.

No es ni podrá ser una realización plena de la justicia, quizá ni siquiera aproximada, porque lo justo no puede darse en los regímenes económicos que protegen la explotación del hombre por el hombre. Pero la meta, que por el momento se vislumbra en el horizonte y luego se aleja hasta hacerse invisible no podrá ser obra de una ley del trabajo sino de

las fuerzas sociales vivas que aman al trabajo, al hombre y a la justicia⁹.

Conforme lo señalado, abordaremos este punto, a partir de la actual norma constitucional, para continuar con el análisis de otras normativas que nos parecen significativas, en un vistazo al derecho comparado.

1.2.1. La libertad de trabajo y su protección

El Artículo 19 de la actual Constitución previene que:

“La Constitución asegura a todas las personas: (...)

Nº16 La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre

⁹ *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa XV Edición. México 1998, p.108.

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

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.

La simple lectura del inciso 1º de la norma, deja en evidencia la clara impronta neoliberal de nuestra actual Constitución, en la que, a lo menos, la palabra libertad y libre, se repiten en forma categórica, además, de reforzar el carácter individualista en que se direcciona el aseguramiento de dicha libertad.

En segundo lugar, nos enfrentamos a un problema derivado de la redacción del señalado inciso, pues no queda claro qué es lo que se garantiza, es decir, si se garantiza la protección a la libertad de trabajo o lo que se garantiza es la protección al trabajo.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado que:

De acuerdo con la doctrina, la garantía de la libertad de trabajo faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. Para el empleador, ello le asegura un amplio poder de contratación de su personal; para el trabajador, le permite vincularse autónomamente, acordando las condiciones en que deba ejecutarse la tarea y optando por las modalidades que al respecto establezca el ordenamiento laboral. La garantía culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución. El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución. Este derecho forma parte de la denominada ‘constitución económica’ y debe, por tanto, ‘concordarse con el conjunto de principios que emergen con la Constitución de 1980, especialmente las garantías del artículo 19 que conforman el llamado Orden Público Económico en relación a las bases de la institucionalidad.’¹⁰

A partir de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, cabe preguntarse ¿a quiénes protege, efectivamente, esta norma: a los empleadores o a los trabajadores?, toda vez que, ante la necesidad de trabajo, las personas –en su

¹⁰ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional ROL 1413 c. 21. En el mismo sentido, sentencia ROL 3330 c. 12, ROL 3391 c. 12, ROL 7217 c. 11. En: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--513--5899/>

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

gran mayoría– no se ven enfrentadas al dilema de la libertad de elección, el número de plazas de empleo en nuestro país no es abundante y por otra, tampoco existen incentivos para que los empleadores, en ciertas y determinadas situaciones, puedan recibir a trabajadoras/es en situaciones especiales (salvo algunas excepciones legales¹¹), por ejemplo mujeres-trabajadoras que padecen violencia.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

La protección constitucional a la libertad de trabajo extiende el resguardo al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. De esta forma, la Constitución también protege el trabajo propiamente tal.¹²

A nuestro juicio, esta interpretación, si bien asienta un análisis de la norma constitucional, favorable, para los trabajadores y trabajadoras de nuestro país, se trata de una interpretación, lo cual no implica que, en la práctica, lo manifestado por el Tribunal Constitucional sea respetado en forma efectiva, principalmente, porque la Constitución no incorpora –normativamente– mecanismos de protección del trabajo, reales y efectivos.

Lo mismo ocurre con los Derechos Sociales que previene la referida norma, esto es, la justa retribución (inciso 1º parte final) y la prohibición de cualquier discriminación

¹¹ Ley 21.015, De Inclusión Laboral.

¹² Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional ROL 1852 c. 6. En el mismo sentido, sentencia ROL 1971 c. 9, ROL 2086 c. 8, ROL 2110 c. 8, ROL 2114 c. 8, ROL 2182 c. 8, ROL 2197 c. 8, ROL 2470 c. 8, ROL 2671 cc. 9 y 21, ROL 2722 c. 30, ROL 3016 c. 6, Cap. VI.I.I., ROL 3601 c. 8, ROL 3896 c. 21, STC 7217 c. 11. En:<http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Inciso--513--5899/>

que no se base en la capacidad o idoneidad personal (inciso 2º). En efecto, en la actual Constitución no se establecen mecanismos que garanticen estos derechos sociales.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en cuanto a la justa retribución, que:

Así, el establecimiento de un mínimo remuneracional para todo trabajador, con prescindencia de la modalidad de contratación del mismo, se vincula directamente con el objetivo de una justa retribución que inspira la mencionada protección constitucional, lo cual no viene a ser más que la expresión concreta del principio constitucional básico consagrado en el inciso primero del artículo 1.¹³

Aparentemente, la consagración de la *justa retribución* en nuestra Constitución pareciera real; no obstante, al no existir medidas constitucionales de protección de este derecho social, se torna vacía.

En este sentido, por ejemplo, sería necesaria la incorporación de normas que prohibieran la adopción de leyes, sea de iniciativa presidencial o no, que afectaran a las normas del trabajo con amparo constitucional y demás derechos y deberes vinculados a ellas; lo cual no ocurre en la actualidad, (al tenor del régimen presidencialista que nos rige), puesto que, el artículo 65 de la actual Constitución, entrega al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley, para:

4º. Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal

¹³ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional ROL 3330 cc. 13, 14. En: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Doctrinas--5411--Inciso>.

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, con excepción de las remuneraciones de los cargos indicados en el inciso primero del artículo 38 bis, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;

5°. Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar, y

6°. Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.¹⁴

En este orden de razonamientos y ante la apabullante realidad histórica en la que nuestra sociedad ha debido desenvolverse en los últimos cuarenta años, bajo esta supuesta, favorable y sonora protección de libertades en materia laboral (contratación y trabajo), podemos decir, sin temor a equivocarnos, que dicha protección no ha representado – en los hechos –, un cambio sustancial en la estabilidad laboral, económica y social, de los trabajadores/as chilenos/as.

Por otra parte, en cuanto a los derechos sociales referidos en la norma precedente, en especial, el derecho a la justa retribución; éste –ciertamente– no ha tenido eficacia alguna, ya que, al no establecerse mecanismos que lo garanticen, la justa retribución no es otra cosa que un anhelo

¹⁴ En: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

para los trabajadores/as y un precio, que el empresariado chileno regatea, al alero del vaivén de la mano invisible de un mercado tan invisible como la mano que lo regula.

1.3. El trabajo como Deber y/o como Derecho

El artículo 35 de la Constitución Española, previene a la letra:

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.¹⁵

Este artículo, llama profundamente la atención, principalmente, porque plantearnos ante la posibilidad de establecer el Trabajo como un deber, pareciera atentatorio a la libertad humana de decidir si trabajar o no. No obstante, en lo concreto, se hace evidente que, los seres humanos, insertos en una sociedad, debemos realizar actividades que den cuenta no sólo de la posibilidad de adquirir bienes y servicios, para satisfacer nuestra propia individualidad; sino que, en consonancia con el entorno, debemos trabajar considerando el trabajo como un deber comunitario-social. En tal sentido, claramente, el trabajo no representa un fin en sí mismo, sino un medio.

De este modo, repensar el trabajo como un deber, implicaría –a todas luces– una nueva visión de la sociedad en la que queremos vivir; una sociedad transformada en la

¹⁵ En: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

que el/la trabajador/a se retroalimenta de la comunidad y viceversa, es decir, significaría pensar en un Estado Social y democrático, en el cual, tanto el Derecho al Trabajo como el Deber de la persona a trabajar, deben encontrarse debidamente protegidos y garantizados por el Estado.

En el mismo sentido, aunque extendiendo, además, al empresariado la responsabilidad del pleno empleo, lo expresa la Constitución de Colombia:

ARTÍCULO 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y capacitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.¹⁶

La Constitución de Perú, señala:

ARTÍCULO 22. Protección y fomento del empleo. El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona¹⁷.

Por su parte, la Constitución de Ecuador indica:

Sección octava Trabajo y seguridad social

ART. 33. El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado¹⁸.

¹⁶ <https://www.procuraduria.gov.co/iemp/media/file/ejecucion/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Colombia%202020.pdf>

¹⁷ <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>

¹⁸ <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>

En esta misma línea, indica la Constitución de Panamá:

CAPÍTULO 3°

EL TRABAJO

ARTÍCULO 64. El trabajo es un derecho y un deber del individuo, y por lo tanto es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa¹⁹.

Uruguay ha señalado en su Constitución que:

ARTÍCULO 53. El trabajo está bajo la protección especial de la ley.

Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica²⁰.

Del recorrido constitucional, que hemos realizado, por España y nuestra región, es posible advertir que, a lo menos, se hace deseable considerar una norma constitucional que asegure el Trabajo, en primer lugar, como un Derecho, para luego encaminar este Derecho hacia el Deber de ejercer libremente (si se quiere) dicho Derecho, en un marco de respeto, individual y social.

Asimismo, creemos necesaria la consagración constitucional de la obligación del Estado, en la creación de

¹⁹ <https://panama.justia.com/federales/constitucion-politica-de-la-republica-de-panama/titulo-iii/capitulo-6o/#articulo-109>

²⁰ <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

políticas públicas tendientes a la protección del Derecho-Deber al Trabajo.

En este mismo sentido, señala la Constitución de Bolivia:

ARTÍCULO 54

Es obligación del Estado establecer políticas de empleo que eviten la desocupación y la subocupación, con la finalidad de crear, mantener y generar condiciones que garanticen a las trabajadoras y los trabajadores posibilidades de ocupación laboral digna y de remuneración justa²¹.

En cuanto a las políticas de pleno empleo, debemos destacar la Constitución de Paraguay, que indica que:

Artículo 87. DEL PLENO EMPLEO

El Estado promoverá políticas que tiendan al pleno empleo y a la formación profesional de recursos humanos, dando preferencia al trabajador nacional²².

En cuanto al concepto de Pleno Empleo, se hace necesario considerar que, si *de suyo*, el referido concepto es impreciso y ambiguo en sus variadas definiciones²³, tanto más lo ha sido en una economía neoliberal como la nuestra, desde el punto de vista que, aparentemente, ha sido considerado sólo desde una perspectiva cuantitativa, sin reparar en los diversos factores que hacen posible establecer (o no) el anhelado pleno empleo en nuestro país desde una perspectiva real, es decir, factores tales como: la cultura

²¹ En: <https://bolivia.justia.com/nacionales/nueva-constitucion-politica-del-estado/primer-parte/titulo-ii/capitulo-quinto/seccion-iii/>

²² https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011.pdf?lang=es

²³ A las que habrá de sumarse, las diversas definiciones de Tasa Natural de Desempleo, acuñada por Friedman

(pueblos originarios, inmigrantes, patriarcado –una mayoría discriminada, feminización y masculinización laboral, feminización de la pobreza– y otras minorías discriminadas); factores de orden socio-económico (en el caso de la discriminación estructural y sistémica); factores educacionales, factores geográficos, etc.

Efectivamente, no basta con la cuantificación de las tasas de desempleo, para establecer que el pleno empleo existe o existió en algún momento en nuestro país, puesto que, ciertamente, no todas y todos –tanto la nueva fuerza de trabajo como las y los cesantes–, han podido acceder a puestos de trabajo, en un corto tiempo (sin perjuicio del denominado desempleo friccional), al menos, en los últimos 10 años.²⁴

Todo lo anterior, hace que el empleo en nuestro país se desenvuelva en un espacio de constante precarización (subempleo, subcontratación, informalidad laboral), lo cual sumado a remuneraciones que se encuentran en mínimos imposibles²⁵, posicionan a las/os trabajadoras/es chilenas/

²⁴ Véase, <https://estudiosnuevaeconomia.cl/la-falsedad-del-pleno-empleo-de-la-universidad-de-chile/> y <https://fundacionsol.cl/blog/actualidad-1/post/el-subempleo-la-cara-oculta-tras-el-supuesto-pleno-empleo-fundacion-sol-en-la-tercera-5357>

²⁵ “De acuerdo a los recientes datos entregados por la Encuesta Suplementaria de Ingresos (ESI) 2019, se puede concluir que en Chile se registra un considerable atraso salarial. El presente estudio da cuenta de ello y permite establecer un completo panorama sobre los salarios en Chile y el bajo valor de la fuerza de trabajo. A continuación, se detallan los resultados más importantes: El 50 % de los trabajadores chilenos gana menos de \$401.000 y 2 de cada 3 trabajadores menos de \$550.000 líquidos. Sólo el 19,4 % gana más de \$800.000 líquidos. 84,8 % de las mujeres que tienen un trabajo remunerado gana menos de \$800 mil líquidos. (...) Por otro lado, se puede constatar que, en 38 de las 52 Provincias con información disponible, la mediana no supera los \$400 mil líquidos y solo en 10 provincias, un 30% de los trabajadores y

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

os ante empleos que no alcanzan los estándares internacionales de dignidad y decencia.

De este modo, como hemos venido señalando, creemos que debería garantizarse constitucionalmente la obligación del Estado, en torno a establecer políticas públicas

trabajadoras gana más de \$500 mil. (...) Tal como se podría esperar, los trabajadores asalariados contratados por grandes empresas (aquellas que tienen más de 200 trabajadores) registran salarios más altos, no obstante, el 50% (mediana) gana menos de \$504 mil líquidos y solo un 30% gana más de \$756 mil. De hecho, 53,1 % de los asalariados que gana menos de \$550 mil, trabaja en empresas de mayor tamaño (grandes y medianas) Solo 22,3% de los trabajadores que tienen jornada completa gana más de \$800.000 líquidos. En noviembre de 2019, la línea de la pobreza por ingresos en Chile para un hogar promedio de 4 personas es de \$445.042. Si consideramos solo a los asalariados del sector privado que trabajan jornada completa, la mediana es \$449.652, esto quiere decir que prácticamente el 50% ni siquiera podrían sacar a un grupo familiar promedio de la pobreza y se hace obligatorio que al menos dos personas trabajen en el hogar. Específicamente, el 54,5 % del total de ocupados en Chile, no podría sacar a una familia promedio de la pobreza (62 % en el caso de las mujeres y 49% para los hombres) y 49,2 % de los asalariados privados que trabajan jornada completa se encuentra en igual situación, lo cual da cuenta de los elevados niveles de precariedad que existen en el mundo del trabajo. En Chile, se registran casi 840 mil Subempleados, y el 50% gana menos de \$176 mil. Además, se registran 1.164.736 de Asalariados que no tienen contrato de trabajo, y el 80 % gana menos de \$454 mil. Por otro lado, se estima que existen 1,1 millones de trabajadores asalariados externos (subcontratación y suministro). Los trabajadores directamente contratados, en promedio perciben salarios 15,1 % mayores que los externos y esa brecha supera el 80 % en sectores tales como Minería, Administración Pública y Actividades Financieras, entre otros. Al ajustar el ingreso de la ocupación principal a montos brutos, se puede observar que con la ESI se obtiene un promedio mayor que los datos administrativos que entrega la Superintendencia de Pensiones para los cotizantes dependientes de las AFP (\$887.904 v/s \$813.631). Finalmente, según los datos del XXIX Informe de Deuda Morosa Universidad San Sebastián-Equifax, en junio de 2020, en Chile se registraron 4,9 millones de deudores morosos. El monto promedio de la morosidad es de \$1.894.721. Además, según los datos de la última Encuesta de Presupuestos Familiares (VIII EPF) del INE, más del 70 % de los hogares está endeudado.” En: [https://www.fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/](https://www.fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/adjuntos/6700/VS2020(esi2019)-1.pdf)

no solo que eviten el desempleo, sino que tiendan asegurar el trabajo digno y decente. Toda vez que, no podemos ignorar que a través de estos mecanismos de garantía podremos establecer niveles de protección del trabajo que, finalmente, podrán cuantificarse en el nivel de desarrollo de nuestra sociedad.

En esta misma línea de ideas, la Constitución de los Estados Unidos de México indica en el “TÍTULO SEXTO. DEL TRABAJO Y DE LA PREVISIÓN SOCIAL, artículo 123, inciso 1º:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.²⁶

A continuación, en el referido artículo se realiza un catálogo de leyes sobre el trabajo que deberá expedir el Congreso de la Unión, indicando que dichas leyes no podrán contravenir las bases que indica, en forma pormenorizada.

1.4. La Constitución de Uruguay y la no constitucionalización del Derecho al Trabajo

A diferencia de lo que hemos venido señalando, la Constitución de Uruguay, es contraria a la idea de constitucionalizar el Derecho al Trabajo, indicando que el trabajo se encuentra bajo la protección especial de la ley, lo cual da cuenta de una tradición centenaria de reconocimiento a la autonomía y a la libertad sindical como puntos de partida del Derecho del Trabajo, en palabras del profesor Ermida Uriarte, se trata de un “pluralismo conflictivo [en el que] los grandes actores sociales (sindicatos y empresarios) interactúan entre sí, entran en conflicto entre sí, y arreglan

²⁶ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

sus problemas directa y autónomamente con poca intervención estatal²⁷; en tal sentido, la uruguaya es una legislación inserta en una sociedad respetuosa del Derecho Sindical, que ha entregado en la ley la protección, reconocimiento y conducción del Derecho del Trabajo, lo cual, en caso alguno es comparable con nuestra realidad socio-laboral, por lo que, a diferencia de Uruguay, en nuestro caso, se hace urgente, buscar puntos de entendimiento que nos lleven a establecer, algo más que mínimos constitucionales, en material laboral y de su protección, considerando todo aquello que a una sociedad democrática jamás le sería posible transar.

En cuanto, a lo regulado constitucionalmente por Uruguay, en este punto, se indica en su Constitución:

ARTÍCULO 53.

El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.

ARTÍCULO 54.

La ley ha de reconocer a quien se hallará en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.

²⁷ En: <http://adapt.it/adapt-indice-a-z/wp-content/uploads/2014/05/La-nueva-legislaci%C3%B3n-laboral-uruguay.pdf>, última visita 9 de diciembre de 2020.

TRABAJO Y DIGNIDAD

El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.

ARTÍCULO 55.

La ley reglamentará la distribución imparcial y equitativa del trabajo.

ARTÍCULO 56.

Toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, estará obligada a proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados, en las condiciones que la ley establecerá.²⁸

1.5. El Derecho a un trabajo Decente y Digno y, a la no discriminación

Recordemos que el inciso 2º del artículo 16º de la actual Constitución Política, previene: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

A este respecto, debemos señalar que:

En 1998 los Estados Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, adoptaron la Declaración, relacionada con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, clasificándolos en cuatro (4) categorías:

La libre asociación, la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva

La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio

La abolición del trabajo infantil

²⁸ En: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>, última visita 9 de diciembre de 2020.

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

‘La declaración establece que estos derechos son universales y que se aplican en todos los países miembros, independiente del nivel de desarrollo económico, y su reconocimiento es cada vez mayor entre las organizaciones, las comunidades y las empresas. Estos principios y derechos establecen criterios de referencia para una conducta empresarial responsable y están incorporados en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT.’²⁹

Chile se incorporó, en 1919 a la OIT, en la fecha de su constitución y, desde entonces ha ratificado gran cantidad de sus Convenios los que, actualmente, se encuentran vigentes en número de 62.

Ahora bien, por una parte, tenemos que, la actual Constitución, en materia laboral, *prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal* y, por otra, la OIT establece como principios y derechos fundamentales en el trabajo *La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*.

En esta parte se evidencia, con total claridad, que esta norma constitucional, siguiendo el lineamiento de un Estado Neoliberal, da cuenta de la *discriminación laboral* como un concepto específico, atingente a un perfil de sujeto que debe entenderse como aquel capaz de acceder a un puesto de trabajo a partir de sus méritos, lo cual deja

²⁹ En: <https://www.sinpro.org.co/noticias-1/228-declaracion-de-la-oit-principios-fundamentales-en-el-trabajo.html#:~:text=En%201998%20los%20Estados%20Miembros,el%20derecho%20de%20negociaci%C3%B3n%20colectiva>

al descubierto –no solo– un arraigado interés por dar relevancia al individuo, sino que, se trata de una norma que se forja sobre supuestos *irreales*. En efecto, una sociedad que se precie de democrática debe ser una sociedad que proteja constitucionalmente a trabajadoras y trabajadores en igualdad de condiciones en el acceso al empleo, con igualdad de remuneraciones por igual trabajo efectuado; una sociedad en la cual esté protegida –expresamente– la corresponsabilidad parental y familiar y debe ser –por cierto– una sociedad inclusiva. En tal sentido, se haría necesario el establecer prohibiciones expresas, con la finalidad de determinar con transparencia y en forma equilibrada la protección de trabajadoras y trabajadores, en este aspecto.

Por otra parte, creemos que, no basta con considerar que existe discriminación solo cuando se esté frente a una discriminación *arbitraria o antojadiza*; por el contrario, debe establecerse en forma clara y precisa que la discriminación se relaciona estrechamente con la dignidad humana y el trabajo decente en un ambiente de igualdad social. En este sentido, en una sociedad tan desigual como la nuestra, se hace no sólo necesario, sino imprescindible establecer constitucionalmente, una interpretación más amplia del concepto de discriminación, sin perjuicio, de su regulación legal, a la luz de lo que expresa el Convenio 111 de la OIT:

Artículo 1

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anu-

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

lar o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.³⁰

Habiendo sido ratificado dicho Convenio, por nuestro país, en el año 1971, se hace evidente que debe ser aplicado, partiendo con la implementación de políticas públicas que propicien el acceso de hombres y mujeres, trabajadoras y trabajadores, en igualdad de condiciones, a medios de formación profesional.

Ahora bien, nuestro país cuenta con instrumentos legales para enfrentar la discriminación como la Ley 20.609 (Ley Zamudio) y los artículos 2 y 485 a 495 del Código del Trabajo; no obstante, a nuestro parecer dichas normas deberían aplicarse, previo amparo constitucional, en toda su amplitud laboral, es decir, no debería quedar fuera la

³⁰ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

etapa pre contractual (la cual creemos es la más compleja a la hora de enfrentar desigualdades estructurales), de tal suerte que el control ante la discriminación debiese cubrir –constitucionalmente– todos los ámbitos de nuestra realidad laboral y por qué no decirlo, también, social.

Sin perjuicio de lo anterior, la introducción e implementación del Procedimiento de Tutela de Derechos Fundamentales y su aplicación por los Juzgados del Trabajo y Tribunales Superiores de Justicia, creemos que ha tenido efectos positivos en el ámbito laboral, los cuales podría ser aún más efectivos, si el amparo constitucional a la no discriminación fuera más amplio.

1.5.1. La dignidad y el trabajo decente

En el año 2004, el entonces Director Regional Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe Sr. Virgilio Levaggi, definía el Trabajo Decente como “un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno.”³¹

El presente año 2020, la OIT ha señalado a este respecto:

El trabajo decente tiene que ver con la adecuación de los salarios o de los ingresos del trabajo por cuenta propia, con el derecho a la seguridad del empleo y a un lugar de trabajo seguro y saludable, el acceso a la protección social, la oportunidad de expresar las propias opiniones y preocupaciones a través de un sindicato, una organización de empleadores u otro órgano representativo, así como con otros derechos fundamentales como la no discriminación. Los déficits en materia de trabajo decente son especialmente pronunciados

³¹ En: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm

I. El Trabajo desde la perspectiva del trabajador/a

en la economía informal, que registra las tasas más altas de pobreza entre los trabajadores y un elevado porcentaje de personas que trabajan por cuenta propia o de trabajadores familiares auxiliares que carecen de la protección adecuada.³²

En tal sentido, un trabajo no será considerado *decente* si se realiza sin respeto a los Principios imperantes en el Derecho del Trabajo (un Derecho de Fuero) y a los Derechos Fundamentales, es decir, un trabajo *decente* debe permitir el acceso de todas y todos a una remuneración justa y sin discriminación. Tampoco, será *decente* el trabajo que se lleva a cabo sin protección social ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.³³

³² En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_734481.pdf

³³ En 1999, don Juan Somavia (chileno) –primer director general de la OIT proveniente del hemisferio sur– presentó su memoria “‘Trabajo decente’, en la que introdujo este concepto, el cual caracteriza en cuatro objetivos estratégicos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Cada uno de ellos cumple, además, una función en el logro de metas más amplias como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.

Siete años después, el pasado julio, los ministros que --en representación de todos los países del mundo-- forman parte del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas declararon: ‘Estamos convencidos de la urgente necesidad de crear un entorno a escala nacional e internacional que propicie el logro del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos como base del desarrollo sostenible. Para la creación de nuevas oportunidades laborales es imprescindible contar con un entorno que fomente la inversión, el crecimiento y la capacidad empresarial. Es fundamental que hombres y mujeres tengan oportunidad de conseguir un empleo productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana para lograr la erradicación del hambre y la pobreza, el mejoramiento del bienestar económico y social de todos, el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible de todas las naciones, así como una globalización plenamente incluyente y equitativa.’ En: <https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/>

A este respecto, cabe preguntarse, ¿es el trabajo en nuestro país un trabajo decente?, ¿se cumplen los parámetros expresados por la OIT?

La respuesta, a estas preguntas salta a la vista, ante la evidencia de desigualdades estructurales de corte económico-social, educacional, sexual, étnico, etario, geográfico, etc., es decir, la respuesta es que en Chile no hemos alcanzado el estándar de un trabajo decente y digno.

Así las cosas, a nuestro juicio, con el afán de evitar interpretaciones antojadizas y aun bajo la premisa de la indisponibilidad de los derechos laborales, debido a su irrenunciabilidad, creemos que una nueva Constitución debería establecer, el Derecho al Trabajo en su faz de acceso al empleo decente y digno, en igualdad de condiciones para hombres y mujeres, con acceso a una remuneración justa que permita a trabajadoras y trabajadores sustentar sus necesidades y las de sus familias, en un escenario sin discriminación de ningún tipo, explicitando que la referida discriminación deberá ser analizada –en toda la extensión– del íter contractual laboral.

Lo anterior, sin perjuicio, de establecer –como se ha venido señalando– que debería incorporarse en forma expresa a nivel normativo constitucional, la obligación del Estado de gestionar políticas públicas que eviten el desempleo y la discriminación en general.

II. Derecho Colectivo del Trabajo, su protección y garantías constitucionales

II.1. La Dictadura, el Plan Laboral y el actual Derecho Colectivo

El Derecho Colectivo del Trabajo, en la actual Constitución, aparece regulado en el artículo 19, numerales 16 y 19, en los siguientes términos:

Capítulo III

DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

ARTÍCULO 19. La Constitución asegura a todas las personas:

19º. El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley.

La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas; ...³⁴

³⁴ Op. Cit. nota 14. p. 21

Asimismo, y estrechamente relacionado a esta garantía constitucional, encontramos el artículo 19 N°16 que en sus incisos 3° (en la parte que se destaca), 4° y 5°, previene:

16°. La libertad de trabajo y su protección. (...)

Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. (...)

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

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; ...³⁵

En esta parte nos haremos cargo de la libertad sindical, el derecho a sindicalización y a la negociación colectiva, para revisar más adelante el derecho a huelga.

³⁵ *Ibídem.*

II. Derecho Colectivo del Trabajo

A este respecto cabe destacar que en nuestra actual Constitución no existe un reconocimiento al Derecho Colectivo del Trabajo, ya que, conforme lo señala el profesor Mario de la Cueva³⁶ este Derecho Colectivo lleva implícitas la Libertad Sindical, la Negociación Colectiva y el Conflicto Colectivo y/o la Huelga, siendo los anteriores –todos– atributos de una consagración extendida del referido derecho.

Así las cosas, los sindicatos deberán entenderse como grupos intermedios no circunscritos, en forma exclusiva y excluyente, a la empresa. No obstante, en nuestro país se ha internalizado –como hemos venido señalando– una interpretación sesgada, conducida por los intérpretes de la Constitución de 1980 (asentada entre los años 1979 y 1989); interpretación que ha trascendido al ámbito social, político y profesional (no podemos negar que tanto las universidades como los Centros de Formación técnica, han fomentado interpretaciones sesgadas y tendenciosas, tanto respecto del Derecho del Trabajo individual como colectivo).

De esta forma, se ha logrado instalar en nuestras conciencias que la Negociación Colectiva, se circunscribe a la empresa, por lo que debemos entender que todas y todos, quienes realizan un trabajo productivo, no son ni cercanamente agentes sociales, capaces de organizarse sindicalmente y de proponer soluciones conjuntas fuera de la empresa.

³⁶ Cueva, Mario de la, *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Porrúa, 2000, pp. 214 y ss.

En tal sentido el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT previene:

ARTÍCULO 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.³⁷

Creemos que se hace extremadamente necesario un reconocimiento expreso del Derecho de Sindicación (triada conceptual, propuesta por el profesor De la Cueva), con la finalidad –más que normativa– cultural, para lograr desprendernos de la actual visión ideológica de la Constitución de 1980, que no es más que un modo de entender la sociedad en un modelo sin adhesión democrática alguna.

Todo lo señalado se ve reforzado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en el Convenio 98, 87 y 151, todos de la OIT.

En cuanto a lo prevenido en el inciso 3º parte final, del antes transcrito artículo 19 N°19 de la actual Constitución, esto es que “Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas”; sin perjuicio, del contrapeso que puedan ejercer las bases de los sindicatos, respecto de los dirigentes sindicales que gocen de alguna afiliación política, no vemos cuál podría ser la relevancia de establecer esta distinción –en forma constitucional–, toda vez que cualquier determinación

³⁷ En: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_INSTRUMENT_ID:312232

II. Derecho Colectivo del Trabajo

que realicen los sindicatos, formará parte de la esfera de la autonomía sindical, por lo que resulta no sólo errado sino que ilegítimo, imponer límites constitucionales, a este respecto.

En cuanto a que “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones.” (inciso 3º primera parte, del artículo 19 N°19), cabe destacar que la Ley 20.940, reproduce la antigua normativa en materia de organización sindical que permiten en los artículos 217 y 218 del Código del Trabajo, *conformar organizaciones sindicales a los funcionarios en las empresas del Estado dependientes del ministerio defensa o que se relacionen con el gobierno a través de dicho ministerio*, sin embargo, restringe la Negociación Colectiva, para dicho funcionarios, lo cual resulta del todo contradictorio y atentatorio a la autonomía de estas organizaciones; así como al contenido esencial del derecho de las organizaciones sindicales a negociar colectivamente; sin perjuicio de determinadas y específicas limitaciones que pudieran establecerse, en lo que respecta a la huelga, si esto fuera necesario.

Por otra parte, debemos entender que los Funcionarios Públicos, que han sido excluidos de la Negociación Colectiva, son –también– trabajadores, en este caso del Estado, los que, sin perjuicio, de regirse por Estatutos Especiales, pueden negociar colectivamente bajo una modalidad No Reglada, ya que, conforme la Ley 20.940, no podrían acceder a la Negociación Colectiva Reglada.

Esta línea de razonamientos, es decir, que el Estado es Empleador, ha sido desarrollada por la Excelentísima Corte Suprema en Fallos Unificación, al pronunciarse respecto

de la responsabilidad solidaria del Estado³⁸, así como en las Tutela de Derechos Fundamentales interpuestas por Funcionarios Públicos, en este último caso, en causa ROL 4.890-2019, la Corte Suprema ha señalado:

Cuarto: (...) Así las cosas, atendida la entidad y naturaleza de los derechos que por esta vía se pretende proteger, los que deben considerarse ‘inviolables en cualquier circunstancia’, no existe una razón jurídica valedera para excluir de su aplicación a toda una categoría de trabajadores, como son los funcionarios públicos, particularmente si se toma en consideración que los elementos de subordinación y dependencia propios de la relación laboral, se dan fuertemente en el contexto de las relaciones del Estado con sus trabajadores, siendo éste un espacio en el cual la vigencia real de los derechos fundamentales puede verse afectada a consecuencia del ejercicio de las potestades del Estado empleador.³⁹

En este punto, la Constitución de Paraguay determina:

ARTÍCULO 96. DE LA LIBERTAD SINDICAL

Todos los trabajadores públicos y privados tienen derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa. Quedan exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Policiales. Los empleadores gozan de igual libertad de organización. Nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Para el reconocimiento de un sindicato, bastará con la inscripción del mismo en el órgano administrativo competente.

³⁸ Causa ROL 1727-2015, pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, con fecha 19 de noviembre 2015. En el mismo sentido causas ROL 31224-2014. En: https://derechopedia.cl/Unificaci%C3%B3n_Rol_N%C2%B0_1.727-2015

³⁹ https://suprema.pjud.cl/SITSUPPORWEB/DownloadFile.do?TIP_Documento=3&TIP_Archivo=3&COD_Opcion=1&COD_Corte=1&CRR_IdTramite=3528500&CRR_IdDocumento=3024863&Cod_Descarga=11

II. Derecho Colectivo del Trabajo

En la elección de las autoridades y en el funcionamiento de los sindicatos se observarán las prácticas democráticas establecidas en la ley, la cual garantizará también la estabilidad del dirigente sindical.⁴⁰

En el mismo sentido la Constitución de Perú, señala:

ARTÍCULO 42. Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

ARTÍCULO 153. Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.⁴¹

De este modo, creemos que no sólo es necesario, sino ajustado a los estándares internacionales la inclusión del derecho a sindicación de los Funcionarios Públicos, en toda su extensión, sin perjuicio de la determinación de ciertas y razonables limitaciones, en su caso.

II.2. La Negociación Colectiva Ramal

Si partimos de la premisa que quienes controlan las unidades económicas, controlan una gran porción de la sociedad, deberemos considerar la importancia de las organizaciones sindicales, tanto dentro como fuera de las empresas, en este punto, como señala el profesor Óscar Ermida:

En Uruguay aparentemente, la ley no entra a regular el sindicato (ni cómo se organiza ni cuáles son sus facultades) y regula mínimamente algunos aspectos puntuales de la negociación colectiva y del derecho de huelga. En cierto modo, éste relativo o aparente abstencionismo legislativo, en materia de relaciones

⁴⁰ Op. Cit. nota 17. p. 26

⁴¹ Op. Cit. nota 17. P. 24.

colectivas de trabajo se acomoda bastante bien con la concepción teórica del pluralismo conflictivo, conforme a la cual, los grandes actores sociales (sindicatos y empresarios) interactúan entre sí, entran en conflicto entre sí, y arreglan sus problemas directa y autónomamente, con poca intervención estatal.⁴²

Desde este punto de vista, dotar de fuerza a los sindicatos, reconociendo la libertad sindical como un Derecho Fundamental, evitando que el empleador controle, en forma absoluta, el espacio productivo, significaría un primer paso hacia el cambio o, a lo menos, el comienzo de la discusión de cuál es el rol que deseamos darle a estos grupos intermedios en las relaciones de trabajo.

Así lo manifiesta Ermida, sosteniendo que dos principales instrumentos de todo sistema de fomento de Negociación Colectiva son:

1. *la obligación de negociar y*
2. *el derecho de información.*⁴³

Este último derecho se ve entrampado en nuestro sistema bajo la premisa del absoluto control empresarial respecto de las facultades –hasta ahora– consideradas privativas del empleador, es decir, las facultades de administración, económicas y disciplinarias.

En tal sentido, creemos que sería importante discutir la posibilidad de dotar a los sindicatos –organizados por rama de la producción– de facultades suficientes, para que conforme la ley, coadyuvaran con los empleadores, así

⁴² En: <https://www.upf.edu/web/iuslabor/4/2006>. "Derecho del Trabajo en Latinoamérica. La nueva legislación laboral uruguaya, por Oscar Ermida Uriarte.

⁴³ *Ibidem*.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

como con el Estado, en la administración y productividad de la empresa, toda vez que se trata de ámbitos relacionados con los trabajadores y el empleo.

Por ejemplo, respecto de la protección de las fuentes de empleo, las organizaciones sindicales organizadas por rama de la producción podrían ser capaces de administrar proyectos solidarios; asimismo, estableciendo la presencia de dirigentes sindicales como participantes con voz y/o voto, en las empresas por rama productiva más importantes de nuestro país, las y los trabajadoras/es generarían los contrapesos necesarios ante eventualidades tan dolorosas como las que padecemos hoy.

Asimismo, los sindicatos deberían participar directamente en la gestión de la Seguridad Social, sea cual fuere la que se decida establecer, con la finalidad de abrir espacios de decisión desde y con las/los trabajadoras y trabajadores, toda vez que, resulta del todo injusto considerar que el cargo de la pérdida sea del/la trabajador/a, sin que siquiera tenga la mínima participación o injerencia en las decisiones que habrán de afectarle; del mismo modo, las organizaciones sindicales deberían tener participación activa en las Comisiones Médicas, al momento de la determinación de la invalidez de las/los trabajadoras/es.

En este contexto, recordemos que, en el año 2016, el Gobierno de la época señalaba ante la OIT que:

En relación con la recomendación de ‘que los representantes de los asegurados tengan la posibilidad de participar en la gestión del sistema’, el Gobierno indica que la reforma previsional de 2008, contenida en la ley núm. 20255, promovió la modernización y el fortalecimiento de la institucionalidad del sistema de pensiones, en particular, a través de la crea-

ción de dos entidades consultivas: la comisión de usuarios y el consejo consultivo previsional. El Gobierno considera, no obstante, que aún se puede seguir avanzando a fin de garantizar un diálogo social más activo de trabajadores, empleadores y gobierno, en particular, ampliando el ámbito de atribuciones del consejo consultivo previsional para que incluya no sólo el sistema de pensiones solidarias, sino el sistema integrado de pensiones en su totalidad; atribuyéndole el mandato de encargar y difundir estudios actuariales del sistema de pensiones; evaluar, en función de los estudios actuariales, la adecuación de las tasas de cotización en el sistema, realizar propuestas de modificación si procediere, etc. Además, puede considerarse la inclusión de al menos un representante de los trabajadores y una representación mínima de mujeres en el seno de una futura AFP pública.⁴⁴

A lo que la OIT respondía:

La Comisión toma nota de las diversas propuestas de reforma del sistema de pensiones y espera que las soluciones aceptadas permitan dar efecto, en un plazo razonable, a las recomendaciones adoptadas por el Consejo de Administración antes mencionadas.⁴⁵

Lo anterior desde el año 2016 a la fecha, aún no ha dado luces de avance ni menos se han establecido nuevos senderos en la búsqueda de soluciones participativas eficientes y eficaces, para todas y todos.

En cualquier caso, deberá normarse en torno a garantizar la libre expresión, el derecho a reunión y de movimiento que blinden el actuar sindical.

⁴⁴ En: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0:NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3303590. Última visita 19 de diciembre de 2020.

⁴⁵ *Ibidem*.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

Una forma de proteger y fomentar la participación de las y los trabajadoras/es, con la finalidad de propender a la defensa de sus propias fuentes laborales, la encontramos en la Constitución de Bolivia, que en su artículo 54 N°III, indica:

III. Las trabajadoras y los trabajadores, en defensa de sus fuentes de trabajo y en resguardo del interés social podrán, de acuerdo con la ley, reactivar y reorganizar empresas en proceso de quiebra, concurso o liquidación, cerradas o abandonadas de forma injustificada, y conformarán empresas comunitarias o sociales. El Estado podrá coadyuvar a la acción de las trabajadoras y los trabajadores.⁴⁶

Con lo señalado creemos que, se hace patente la necesidad de extender las relaciones de estos grupos intermedios fuera de la empresa, desprendiéndolos de restricciones antojadizas que han transformado el diálogo social colectivo en una constante falta de respeto a la democracia. Máxime si nos veremos, prontamente, enfrentados a nuevas formas de actividades laborales masivas, como por ejemplo, el régimen de teletrabajo o trabajo a distancia y/o modelos diversos de trabajo que escapan del concepto que manejamos de la empresa tradicional; siendo también trascendente que los trabajadores/as propendan, directamente, con sus empleadores o en un diálogo social general, a la protección del medio ambiente en el terreno de la producción; aquí el papel de la autonomía colectiva aparece como incuestionable, puesto que, se requerirán organizaciones de trabajadoras y trabajadores que den soluciones laborales eficaces en los tiempos post-pandemia, que se avecinan. En efecto, las diversas clases de trabajos emergentes requerirán de organizaciones sindicales, con fuerza suficiente

⁴⁶ Op. Cit. nota 21. p. 26.

para proteger a estos grupos de trabajadoras/es, evitando la precarización, con ello, los excesos y abusos que la desregulación o flexibilización laboral auguran en lo futuro, pero que –igualmente– con más o menos maquillaje, se ha mantenido en nuestra legislación laboral como consecuencia ineludible del Plan Laboral que actualmente nos aprisiona.

En diversos países tanto de Europa como de América del Sur, se aplica la negociación ramal (como por ejemplo en Argentina), estableciéndose pisos mínimos, a nivel de rama de actividad, profesión, oficio o categoría. En Chile, la negociación ramal vendría a hacer efectivo el derecho a negociar colectivamente, principalmente, para los/las trabajadores/as de pequeñas empresas y microempresas que, actualmente, por su número, no pueden hacerlo y dotaría de este derecho, también, a los trabajadores subcontratados. En efecto, estos últimos, se enfrentan a una imposibilidad fáctica, puesto que, para ellos el derecho a huelga no es real, toda vez que, la Ley 20.940⁴⁷ estableció que la empresa principal puede terminar la obra o faena encomendada al contratista o subcontratista con sus propios trabajadores o bien con trabajadores contratados. En tal escenario, si estos/as trabajadores/as subcontratados votan la huelga, terminada que sea, la lógica nos indica que quedarán sin trabajo, pues estas pequeñas empresas o microempresas, por regla general, mantienen un solo contrato con una empresa principal, contrato del cual depende la empresa completa y por tanto sus trabajadores/as.

⁴⁷ Véase: Artículo 306 inciso final del Código del Trabajo “La negociación colectiva en una empresa contratista o subcontratista no afectará las facultades de administración de la empresa principal, la que podrá ejecutar directamente o a través de un tercero la provisión de la obra o el servicio subcontratado que haya dejado de prestarse en caso de huelga.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

Una negociación ramal, en este sentido, significaría sostener a estos trabajadores subcontratados, brindándoles la oportunidad de negociar colectivamente, incluso sin la necesidad que el contratista o subcontratista debiese perder el contrato con la empresa principal.

II.3. El Derecho a Huelga

En un estudio realizado por la Fundación Sol, se explica con total claridad cuáles son los pilares construidos por el Plan Laboral, en detrimento de nuestro derecho colectivo del trabajo. En el referido estudio se indica:

El primer pilar corresponde a la Huelga que no paraliza, permitiendo el reemplazo de trabajadores y encerrándola en el espacio de la negociación colectiva reglada.

El segundo pilar se centra en la negociación colectiva que no distribuye ingresos, restringiendo las libertades de los trabajadores para poder negociar más allá del espacio de la empresa, ya sea por rama de actividad económica u oficio.

El tercer pilar refiere al paralelismo organizacional, que permite la presencia de grupos negociadores que puedan restar fuerza o inhibir la formación de sindicatos en una empresa. Además, se establece un pluralismo exacerbado entre sindicatos.

Finalmente, el cuarto pilar apunta a la producción y reproducción de una cultura individualista, que sostiene que los sindicatos (si existen como mal necesario) sólo deben tener como preocupación lo que sucede en su lugar de trabajo y de ninguna manera atender los grandes problemas del país, las demandas de otros trabajadores ni aspirar a construir una sociedad distinta.⁴⁸

⁴⁸ En: https://www.fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/wp-content/uploads/2016/05/Sindicatos-y-Negociaci%C3%B3n-Colectiva.pdf. Última visita 19 de diciembre de 2020

En los acápite anteriores, ya nos hemos hecho cargo del segundo y cuarto de los pilares referidos, por lo que, en las páginas siguientes abordaremos el primer y tercer pilar.

Partiremos por señalar que el sindicalismo en Chile, si bien es cierto, es bastante menor, en cuanto a tasas de afiliación, en relación con el resto de los países de la OCDE⁴⁹, en un estudio reciente realizado por la Fundación Fiel⁵⁰, se indica que los sindicatos son la quinta institución, de un número de 16, en la que más confían los trabajadores y trabajadoras y que un 67 % cree que los sindicatos son igual o más indispensables en tiempos de pandemia.

No obstante lo referido, no podemos negar que el neoliberalismo y el Plan Laboral implementado en dictadura, hicieron su trabajo en nuestra sociedad, puesto que, a lo largo de los años en que se ha mantenido vigente la actual Constitución, se ha logrado erradicar esa visión de justicia social que, en su momento, incorporó a la economía, John Maynard Keynes, siendo esto de toda lógica, ya que, el neoliberalismo presente en el Plan Laboral, nos conduce hacia una economía de la productividad y su eficiencia en el mercado, en estrecha relación con la libertad individual. En efecto, de la lectura del inciso 1° del artículo 19 N°19 (antes transcrito) pareciera descolgarse que la voluntariedad del/la trabajador/a es primordial, que el respeto a dicha voluntariedad lo es todo y,

⁴⁹ En su reporte 2019, indica que la tasa de sindicalización en Chile se ubica por debajo de su promedio que es de 30%, pero supera a países como Holanda (19,8%), Portugal (19,5%), Alemania (19,2%) y Colombia (18,5%), encontrándose distanciado notoriamente de países como Islandia (92,8%), Dinamarca (71,7%), Suecia (71,7%) y Finlandia (65,3%).

⁵⁰ Véase: <https://fielchile.cl/v2/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Final-Estudio-CUT-OIT-CPHS.pdf>

II. Derecho Colectivo del Trabajo

por tanto, esa sola mención debería constituir el mejor de los escenarios, para la consagración plena y eficaz de estos grupos intermedios. No obstante, esta norma, no es más que, un espejismo en el desierto, ya que, el cerco predeterminado en los incisos 4º y 5º del artículo 19 N°16, da cuenta de normas constitucionales vacías, puesto que, sin autonomía sindical, sin derecho real a sindicación y, sin derecho a huelga reconocida –expresamente– como un derecho fundamental, la libertad de afiliación sindical no es significativa.

Si a todo lo señalado, además, le agregamos el componente histórico de luchas sindicales del siglo XX, que concluyeron en masacres como la de la Escuela Santa María de Iquique; una dictadura en que el Derecho del Trabajo en su faz individual y colectiva fueron erradicados y, un sinnúmero de ideogemas implantados a *cal y canto* en nuestras conciencias, por los intérpretes del Plan Laboral, en los últimos diez años de dictadura; el resultado será una realidad sindical debilitada, con sindicatos atados a las empresas, demonizados y circunscritos a buscar mejoras remuneracionales; así, como múltiples sindicatos en una misma empresa, con la consecuente división entre trabajadores, ocultamiento de información empresarial y negociaciones colectivas carentes de un diálogo real.

Lo anterior no es baladí, pensemos en el individualismo que ha promovido el Plan Laboral entre los/as trabajadores/as, haciendo que la tónica sea la desconfianza en la gestión sindical. De tal suerte que, hoy día, nos encontramos con nuevas creaciones semánticas incorporadas al Derecho del Trabajo que son el fiel reflejo, de esta realidad creada a partir de la ausencia de justicia social en nuestro Derecho del Trabajo; en efecto, hoy ya no se habla de trabajador/a, sino de colabora-

dor/as y aún existen departamentos de Recursos Humanos, es decir, que el/la trabajador/a es considerado/a un recurso productivo (aunque no el único) dentro de la empresa, cuya función no solo es reemplazable, sino necesariamente reemplazable, conforme los vaivenes del mercado en los que navegan las empresas; no obstante, bajo una perspectiva de justicia social y de respeto al derecho de sindicación, sin duda veremos emerger, el tan anhelado trabajo decente y digno.

Finalmente, debemos señalar que, sea a partir de la incorporación de la negociación ramal, sea dentro de una realidad social en que los sindicatos, como grupos intermedios, logren negociar mejores condiciones de trabajo, evitando la fragmentación; el desafío para nuestra sociedad en el ámbito sindical es enorme.

II.3.1. La huelga que no paraliza

El derecho a huelga es uno de los derechos más extraordinarios en su evolución, desde el punto de vista jurídico, toda vez que, en un periodo de más o menos cien años, pasó de ser proscrito y sancionado como un delito (hasta con la pena de muerte) hasta llegar a ser considerado, en la actualidad, un Derecho Fundamental en casi todas las Constituciones de Latinoamérica.

No obstante, en nuestro país ni la legislación laboral ni la Constitución la consagran como un Derecho Fundamental. En efecto, la actual Constitución la reconoce, sólo conforme a una interpretación efectuada *contrario sensu*, es decir, que se ha entendido que, al no poder ser ejercido este derecho, por los Funcionarios Públicos (Inciso 5° del artículo 19 N°16), debería considerarse lícito el ejercicio de la huelga, por los privados.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

A este respecto cabe hacer presente que la huelga es la única herramienta con que cuentan los/as trabajadores/as para hacer frente a la desproporcional relación que existe entre estos/as y los empleadores/as, siendo su efecto inmediato e inherente –la paralización–, por lo que, cualquier traba normativa que incida sobre dicha paralización debe ser considerada impropia.

Asimismo, debemos tener presente que la huelga se encuentra cautiva en el ámbito de la empresa y la negociación colectiva, proscribiéndose cualquier manifestación que se encuentre fuera del ámbito de la negociación colectiva reglada, esta última, único tipo de negociación que permite el derecho de huelga. Sin embargo, la huelga no puede quedar atada a la negociación colectiva, así lo ha expresado el Comité de Libertad Sindical al señalar que: “La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación a la libertad sindical.”⁵¹

Por otra parte, el referido Comité de Libertad Sindical ha señalado con total claridad, desde el año 1989, que: “Los procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal”⁵², lo cual aparece absolutamente contrario a la negociación colectiva reglada que impera en nuestro ordenamiento laboral.

⁵¹ En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_090634.pdf. (Véase Recopilación de 1996, párrafo 493.)

⁵² *Ibidem* (Véase párrafo N°548).

Ahora bien, si consideramos seriamente el derecho a huelga, es decir, como un Derecho Fundamental, deberemos entenderla tal como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, esto es, como: “El derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87”⁵³.

De este modo, conforme lo manifestado por el Comité de Libertad Sindical, el derecho a huelga deberá ser en-

⁵³ Ibídem Véase párrafos: “520. El Comité ha estimado siempre que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos.

(Véanse Recopilación de 1996, párrafo 473; 336.º informe, caso núm. 2324, párrafo 282; y 338.º informe, caso núm. 2407, párrafo 491.)

521. El Comité ha reconocido siempre el derecho de huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales.

(Véanse Recopilación de 1996, párrafo 474 y, por ejemplo 302.º informe, caso núm. 1809, párrafo 381; 304.º informe, caso núm. 1863, párrafo 356; 307.º informe, caso núm. 1850, párrafo 120; 308.º informe, caso núm. 1900, párrafo 183; 311.er informe, caso núm. 1934, párrafo 126; 324.º informe, caso núm. 2072, párrafo 587; 327.º informe, caso núm. 1581, párrafo 111; 328.º informe, caso núm. 2116, párrafo 368; 332.º informe, caso núm. 2258, párrafo 522 y 335.º informe, caso núm. 2305, párrafo 505.)

522. El derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones constituye uno de los medios esenciales de que disponen para promover y defender sus intereses profesionales.

(Véanse Recopilación de 1996, párrafo 475 y, por ejemplo 299.º informe, caso núm. 1687, párrafo 457; 300.º informe, caso núm. 1799, párrafo 207; 306.º informe, caso núm. 1884, párrafo 695; 308.º informe, caso núm. 1934, párrafo 131; 310.º informe, caso núm. 1928, párrafo 176; 316.º informe, caso núm. 1930, párrafo 365; 327.º informe, caso núm. 1581, párrafo 111; 330.º informe, caso núm. 2196, párrafo 304; 335.º informe, caso núm. 2257, párrafo 466; 336.º informe, caso núm. 2340, párrafo 645 y 337.º informe, caso núm. 2365, párrafo 1665.)

523. El derecho de huelga es corolario indisoluble del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87.

(Véase 311.º informe, caso núm. 1954, párrafo 405).” En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf

II. Derecho Colectivo del Trabajo

tendido como el medio de fuerza –idóneo– para que los/as trabajadores/as logren negociar en igualdad de condiciones con los empleadores, desde lo meramente económico hasta la búsqueda de acuerdos y soluciones de carácter político y social que les afecten directamente, tanto fuera como dentro de la empresa, siempre que la búsqueda de solución al conflicto tenga repercusión inmediata sobre estos/as, ya sea, en su calidad de vida, empleo y/o protección social.

En cuanto a la modalidad de la huelga, llámese paralización intempestiva, trabajo a reglamento, huelga de brazos caídos, huelga de celo, trabajo a ritmo lento, ocupación de la empresa o del centro ocupación de la empresa o del lugar de trabajo; el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha considerado que podrán ser limitadas, solo, cuando dejen de ser pacíficas.

El reconocimiento de la huelga como un derecho fundamental, lo advertimos en las siguientes Constituciones de la región:

Argentina, en artículo 14 bis, inciso 2º (Primera Parte. Capítulo Primero. Declaraciones, derechos y garantías): “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.”⁵⁴

Bolivia: “Artículo 53. Se garantiza el derecho a la huelga como el ejercicio de la facultad legal de las trabajadoras y los trabajadores de suspender labores para la defensa de sus derechos, de acuerdo con la ley.”⁵⁵

⁵⁴ En: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

⁵⁵ Op. cit. nota 21. p. 26.

Colombia: “ARTÍCULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. La ley reglamentará este derecho.”⁵⁶

Costa Rica: “ARTÍCULO 61. Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.”⁵⁷

Ecuador: “Artículo 33. El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales: (...)

10. Se reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga y el de los empleadores al paro, de conformidad con la ley.

Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes.”⁵⁸

México: “Artículo 123. ...

XVII. Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros;

XVIII. Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del

⁵⁶ Op. Cit. nota 16. p. 24.

⁵⁷ En: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>

⁵⁸ Op. cit. nota 18. p. 24.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquellos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del gobierno; XIX. Los paros serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje;”⁵⁹

Paraguay: “ARTÍCULO 98. Del Derecho de Huelga y de Paro Todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen el derecho a recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses. Los empleadores gozan del derecho de paro en las mismas condiciones.

Los derechos de huelga y de paro no alcanzan a los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación, ni a los de las policiales. La ley regulará el ejercicio de estos derechos, de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad.”⁶⁰

Perú: “Artículo 28. El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

⁵⁹ Op. Cit. nota 26. p. 29.

⁶⁰ Op. Cit. nota 22. p. 26.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.

ARTÍCULO 42. Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

ARTÍCULO 153. Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.⁶¹

Uruguay: "ARTÍCULO 57. La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica.

Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje.

Declarase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.⁶²

Creemos ha sido ilustrativo el recorrido que hemos realizado por algunas constituciones de nuestros países vecinos, respecto del derecho a huelga, en las que, si bien se reconoce como un Derecho Fundamental, existen algunas limitantes, respecto de los Funcionarios Públicos (como en el caso de Colombia y Paraguay, solo respecto de las Fuerzas Armadas y Policiales; en tanto, en Perú se agrega la prohibición de sindicarse respecto de jueces y fiscales). Asimismo, se consagra el *paro* para los empleadores, haciendo la diferencia con la huelga como propia de los trabajadores/as, en Ecuador y México.

⁶¹ Op. Cit. nota 17. p. 24.

⁶² Op. Cit. nota 20. p. 25.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

Finalmente, podemos advertir que, en todas las referidas Constituciones se protegen –en huelga– los servicios esenciales.

En este orden de razonamientos, creemos que la huelga debe quedar consagrada en una nueva Constitución, haciéndose extensiva a los Funcionarios Públicos, ya que, esta limitante no forma parte de las prohibiciones a la huelga señaladas por el Comité de Libertad Sindical ni aparece razonable, en una sociedad democrática. Sin perjuicio, de considerar posible la aplicación de ciertas restricciones respecto, por ejemplo, de los servicios mínimos mientras se extienda la huelga. Asimismo, creemos que el derecho a huelga debe ser dotado de eficacia garantizándose su protección, pudiendo aplicarse tanto dentro como fuera de la empresa y de la negociación colectiva.⁶³

⁶³ Como último antecedente creemos importante considerar las conclusiones a las que arribó, en septiembre de 2020, el Centro de Estudios del Conflicto y la Cohesión Social de la Universidad Alberto Hurtado, que en su “Informe Huelgas Laborales en Chile 2019”, señala:

“4. Conclusiones

Los datos entregados en este informe confirman que el 2019 fue un año de recuperación de la actividad huelguista, pues el número de huelgas y cantidad de trabajadores/as implicados/as en ellas alcanzaron un nivel similar al observado antes de la implementación de la reforma laboral en 2017. Esta recuperación puede interpretarse como el resultado de varios procesos simultáneos. En primer lugar, el eventual término del periodo de adaptación de sindicatos y empresas a la reforma laboral. La entrada en vigencia de esta normativa puede haber llevado a los actores sociales a retrasar las negociaciones o evitar el conflicto abierto con el fin de ganar tiempo para entender y apropiarse de las modificaciones legales. El alza registrada durante el 2019 podría indicar un mejor manejo de los nuevos procedimientos y sus consecuencias, así como la finalización de los convenios firmados antes de la entrada en vigencia de la reforma con el fin de evitar la incertidumbre que ella generaba.”

En torno a esta conclusión solo compartimos, la última parte de lo referido, puesto que, el término de los Convenios Colectivos es relevante en este punto; no obstante, la supuesta adaptación y el manejo de los nuevos pro-

Por último, se hará necesario establecer un solo recur-

cedimientos por los Sindicatos, no puede estar más alejada de la realidad, puesto que, la adaptación a una precaria legislación, en que la negociación colectiva y la huelga se encuentran sobre reguladas, donde abundan las incongruencias, vacíos legales y sobre judicialización; no podría llamarse, en caso alguno, adaptación. (Véase: Gamonal, Sergio y Otras/os, *Reforma al Derecho Colectivo del Trabajo*. Examen crítico de la ley N°20.940, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2016).

Continúa el referido informe indicando: “En segundo lugar, el crecimiento de la actividad huelguista durante el 2019 puede interpretarse como un reflejo de un proceso más general de efervescencia social que se observó en el país a partir del 18 de octubre. Como se demostró, más de un tercio de las huelgas extra-legales del sector privado y público se dieron entre octubre y noviembre de ese año, coincidiendo con el peak de la revuelta social. Asimismo, se registraron cinco huelgas generales durante este año, la cifra más alta de este tipo de movilización desde la transición a la democracia en 1990.

Sin embargo, el alza de la actividad huelguista durante el 2019 no puede atribuirse exclusivamente al estallido social o a la adaptación de los actores sociales a la reforma. Resulta necesario contextualizar este fenómeno en el marco de la tendencia más amplia que el OHL ha descrito en todos los reportes anteriores y que da cuenta de un ciclo de mayor conflictividad laboral iniciado en 2006. Este ciclo coincide con un aumento moderado pero persistente de las tasas de sindicalización (DT, 2018), un recambio generacional en la fuerza laboral, nuevos liderazgos sindicales, el surgimiento de sindicatos en sectores con poca tradición sindical (Aravena y Núñez, 2009; Echeverría, 2010), entre otros fenómenos. El alza de la actividad huelguista sugiere que los/as trabajadores/as están más y mejor organizados, aunque siguen siendo débiles en la medida en que no pueden imponer sus condiciones sin necesidad de recurrir a esta forma de acción y sin correr los riesgos que ella implica.

En el marco de las tendencias generales que el OHL ha descrito como parte del actual ciclo de conflictividad, cabe destacar también la diversificación de las demandas o motivos de las huelgas. Por un lado, se observa que han ganado importancia las huelgas que apuntan a cambios en la organización y condiciones laborales en el sector privado. Si bien las huelgas salariales siguen siendo ampliamente mayoritarias, los datos dan cuenta de un deseo de la fuerza laboral por participar no solo en la repartición de los frutos del proceso productivo, sino que también en la definición de sus parámetros y formas de organización. Por otro lado, el año 2019 confirma la importancia creciente de las huelgas políticas, tanto las que conciernen exclusivamente al sector público como las más transversales o huelgas generales. Esta tendencia sugiere la existencia de un proceso de politización en un sector de la fuerza laboral que no se expresaría necesariamente en una mayor relación

so para la protección de los Derechos Fundamentales referidos, con la finalidad de favorecer su eficacia y aplicación.

II.4. La Seguridad Social

En este acápite, nos referiremos, someramente, a la Seguridad Social; sin perjuicio que, de conformidad al Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de seguridad social⁶⁴,

con los partidos políticos, pero sí en la ampliación creciente del alcance de las demandas y las alianzas sociales del movimiento sindical.

El peso sustantivo de las huelgas que se dan por fuera de los procedimientos formales establecidos por la ley sigue siendo un rasgo característico de las huelgas en Chile. El alza de la actividad huelguista que se ha observado desde el 2006 se da en los procesos de negociación colectiva reglada pero también fuera de ellos. En 2019 un 62% de las huelgas fueron de este último tipo.

Todos estos hallazgos refuerzan la impresión, manifestada en los reportes anteriores del OHL, que el modelo paternalista de relaciones laborales imperante en país (ver por ej. Rodríguez y Gómez, 2009; Ramos, 2016), está siendo poco a poco cuestionado. Si bien sería exagerado afirmar que este modelo se encuentra en crisis, puesto que la mayor parte de la actividad huelguista sigue estando replegada en los procesos de negociación de empresa y limitada a temas salariales, sería equivocado desconocer que ya no goza de la legitimidad que alguna vez pudo haber tenido. Esto tiene implicancias políticas importantes, especialmente para el debate constitucional que se proyecta para los próximos años. Este debate debería posicionar en el centro la discusión sobre los derechos laborales colectivos. De ese modo se podría potenciar el diálogo social y reducir la brecha existente entre la norma y la realidad.

Por último, estos hallazgos llaman a analizar el estallido social del 2019 como un proceso que, en cierto modo, se viene gestando desde hace algunos años y que tiene como una de sus expresiones más clara el alza y el cambio de la naturaleza de la actividad huelguista. Como se ha señalado en todos los reportes del OHL, desde 2006 los patrones de la actividad huelguista dan cuenta de un mayor nivel de organización y legitimidad de la acción colectiva en la sociedad chilena, lo cual, de cierta manera, ha sido una condición para la revuelta social reciente.”

⁶⁴ “El Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, En 2001, el Consejo de Administración de la OIT confirmó su estatus de norma actualizada, y la Conferencia Internacional del Trabajo en 2011 lo reconoció como un punto de referencia en el desarrollo gradual de una cobertura de seguridad social integral a nivel nacional.” En: https://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang-es/index.htm#:~:text=102%20%2C%20

podamos considerarla como una rama distinta al Derecho del Trabajo. Lo anterior, debido a la estrecha relación histórica entre ambas disciplinas.

En cuanto a los principios imperantes en la Seguridad Social, como estándares internacionales, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 30 de mayo de 2012, en su centésima primera reunión la OIT, “Recomendación sobre los pisos de protección social, (núm. 202)”, expresa que:

“I. OBJETIVOS, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS

1. La presente Recomendación proporciona orientaciones a los Miembros para: (...)
3. Reconociendo la responsabilidad general y principal del Estado de poner en práctica la presente Recomendación, los Miembros deberían aplicar los siguientes principios:
 - a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social;
 - b) derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional;
 - c) adecuación y previsibilidad de las prestaciones;
 - d) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales;
 - e) inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal;
 - f) respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social;

es%20el%20convenio%20faro,asistencia%20m%C3%A9dica. Última visita 20 de diciembre de 2020. Este Convenio, no ha sido ratificado por Chile.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

- g) realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos;
- h) solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social;
- i) consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones;
- j) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes;
- k) sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad;
- l) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo;
- m) coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social;
- n) servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social;
- o) eficacia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación y de recurso;
- p) seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica;
- q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y;
- r) participación tripartita con las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.”⁶⁵

⁶⁵ En: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_ILO_CODE:R202

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La seguridad social puede ser definida como ‘el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello’. Reconocemos en la Seguridad Social cuatro principios rectores que constituyen la base o fundamento sobre la que debe estar institucionalizada, a saber: universalidad (subjética y objetiva); integridad o suficiencia; solidaridad y unidad. La supresión, en el texto del artículo 19, Nº18º, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica.”⁶⁶

El Profesor Pablo Arellano Ortiz propone el siguiente catálogo de principios: universalidad, responsabilidad, solidaridad, efectividad material, igualdad y participación.⁶⁷

Asimismo, como lo hemos venido realizando, haremos un recorrido por algunas de las constituciones de nuestros países vecinos en la región, los que al respecto señalan:

Argentina: ARTÍCULO 14. bis, inciso 3º, “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes;

⁶⁶ Sentencia ROL 790 c. 33. En el mismo sentido, sentencias ROL 1287 cc. 25 y 30, ROL 2025 c. 41, ROL 2275 c. 4, ROL 3227 c. 33. En: <http://e.tribunalconstitucional.cl/resultado/Doctrinas--1629--Inciso>

⁶⁷ Arellano, Pablo, Lecciones de Seguridad Social, Santiago de Chile, Librotecnia 2015, p.62.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”⁶⁸

Colombia: “ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

ARTÍCULO 46. El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la Seguridad Social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

ARTÍCULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

ARTÍCULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que

⁶⁸ Op. Cit. nota 55. P. 64.

TRABAJO Y DIGNIDAD

comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”⁶⁹

Costa Rica: “ARTÍCULO 72. El Estado mantendrá, mientras no exista seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntarios, y procurará la reintegración de los mismos al trabajo.

ARTÍCULO 73. Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.”⁷⁰

Ecuador: “Art. 34. El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y

⁶⁹ Op. Cit. nota 16. p. 24.

⁷⁰ En: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>

II. Derecho Colectivo del Trabajo

responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”⁷¹

Asimismo, esta Constitución, se hace cargo en la Sección Cuarta de las mujeres embarazadas (artículo 43); en la Sección Quinta, de niñas, niños y adolescentes (artículos 44 al 46); en la Sección Sexta, de personas con discapacidad (artículo 47 a 49); en la Sección Séptima, de personas con enfermedades catastróficas (artículo 50).

México: Artículo 123. (...)

B. Entre los poderes de la Unión, el gobierno del Distrito Federal y los trabajadores: (...)

XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

- a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.
- b) En caso de accidente o enfermedad, se conservará el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley.
- c) Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozaran forzosamente de un mes de descanso antes

⁷¹ Op. Cit. nota 18 p. 24.

de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutaran de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

- d) Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a asistencia médica y medicinas, en los casos y en la proporción que determine la ley.
- e) Se establecerán centros para vacaciones y para recuperación, así como tiendas económicas para beneficio de los trabajadores y sus familiares.
- f) Se proporcionarán a los trabajadores habitaciones baratas en arrendamiento o venta, conforme a los programas previamente aprobados. Además, el Estado mediante las aportaciones que haga, establecerá un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos en favor de dichos trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a estos crédito barato y suficiente para que adquieran en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos adquiridos por estos conceptos.

Las aportaciones que se hagan a dicho fondo serán enteradas al organismo encargado de la seguridad social, regulándose en su ley y en las que correspondan, la forma y el procedimiento conforme a los cuales se administrara el citado fondo y se otorgaran y adjudicaran los créditos respectivos; ”⁷²

⁷² Op. Cit. nota 26 p.29.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

Panamá: “ARTÍCULO 109. Todo individuo tiene derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido. Los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán los casos de enfermedad, maternidad, invalidez, subsidio de familia, vejez, viudez, orfandad, paro forzoso, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y las demás contingencias que puedan ser objetos de previsión y seguridad social. La Ley proveerá la implantación de tales servicios a medida que las necesidades lo exijan.

El Estado creará establecimientos de asistencia y previsión sociales. Son tareas fundamentales de éstos la rehabilitación económica y social de los sectores dependientes o carentes de recursos y la atención de los mentalmente incapaces, los enfermos crónicos, los inválidos indigentes y de los grupos que no hayan sido incorporados al sistema de seguridad social.

ARTÍCULO 110. El Estado podrá crear fondos complementarios con el aporte y participación de los trabajadores de las empresas públicas y privadas a fin de mejorar los servicios de seguridad social en materia de jubilaciones. La Ley reglamentará esta materia.”⁷³

Paraguay: “ARTÍCULO 70. DEL RÉGIMEN DE BIENESTAR SOCIAL

La ley establecerá programas de bienestar social mediante estrategias basadas en la educación sanitaria y en la participación comunitaria.

ARTÍCULO 95. DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la

⁷³ Op. Cit. nota 19 p.25.

ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población.

Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado.

Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio.⁷⁴

Perú: “ARTÍCULO 10. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

ARTÍCULO 12. Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.”⁷⁵

Uruguay: “ARTÍCULO 46. El Estado dará asilo a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo. El estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales.

Artículo 67. Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente. La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad

⁷⁴ Op. Cit. nota 22 p.26

⁷⁵ Op. Cit. nota 17 p.24.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

productiva, después de larga permanencia en el país y carez-
ca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.

Los ajustes de las asignaciones de jubilación y pensión no
podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Sala-
rios, y se efectuarán en las mismas oportunidades en que se
establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los
funcionarios de la Administración Central.

Las prestaciones previstas en el inciso anterior se financiarán
sobre la base de:

- A) Contribuciones obreras y patronales y demás tributos
establecidos por ley. Dichos recursos no podrán ser
afectados a fines ajenos a los precedentemente men-
cionados, y
- B) La asistencia financiera que deberá proporcionar el
Estado, si fuera necesario.⁷⁶

Como se ha podido advertir del recorrido realizado por
algunos países de la región, la Seguridad Social se encuen-
tra presente en su gran mayoría bajo parámetros de univer-
salidad, solidaridad e igualdad. En estas constituciones se
hace destacable que se incorpore la asistencia y protección
de las personas de la tercera edad y personas con discapaci-
dad, tanto respecto de su rehabilitación como para su parti-
cipación e integración en la vida activa comunitaria.

Así las cosas, una próxima Constitución debería conte-
ner, a lo menos, los siguientes principios: universalidad, en-
tendido desde un punto de vista objetivo como cobertura
total y, subjetivo como extendida a todas/os los habitantes
de la nación; solidaridad, consistente en un sostén colabora-
tivo, el cual no necesariamente debe ser entendido como

⁷⁶ Op. Cit nota 20 p. 25.

un sistema de reparto; suficiencia, en cuanto a la total cobertura del estado de necesidad como a la dignidad con que se realice dicha cobertura, preservando la dignidad del sujeto/a que la recibirá; responsabilidad del Estado, desde el respaldo económico hasta la determinación mediante estudios periódicos de los estados de necesidad que deben ser cubiertos; participación, en un diálogo democrático permanente de todas y todos.

II. 4.1. El Sistema Previsional chileno

En este escenario y en lo atinente a nuestra actual Constitución, la denominada “universalidad de la protección, basada en la solidaridad social”, que señala la Recomendación N°202 de la OIT del año 2012, no se cumple, puesto que, no es posible entender que sólo ante el riesgo y, para algunos/as, la solidaridad se haga presente.

En tal sentido, creemos que no se ha cumplido cabalmente el deber que consideramos –prioritario– para todo Estado-Nación, esto es, la protección de sus habitantes, sujetos y sujetas que gozan de derechos humanos irrenunciables, como el derecho a la Seguridad Social; puesto que, la cobertura de un estado de necesidad no implica simplemente la prestación de un servicio, sino que está en juego, la dignidad humana base de todos los Derechos Humanos que forjan la paz social y el bien común.

En efecto, el Estado chileno ha minimizado la protección social depositando en los individuos-ciudadanos/as la responsabilidad de su protección, prueba de ello es la Ley 21.227 y su modificación (Ley 21.232) y qué decir de los pasados retiros del 10 % de los Fondos de Capitalización individual.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

Todo lo anterior debe verse, además, bajo la perspectiva del pago de las cotizaciones de Seguridad Social, recordemos que ya en el año 2001 se dictó la Ley 19.720 que “Autoriza por una sola vez a las Instituciones de Seguridad Social para Celebrar Convenios de Pago por las Cotizaciones Previsionales Adeudadas por los Empleadores”, lo cual sumado a la Ley 21.227 y su modificación (Ley 21.232), que permite el pago diferido de las cotizaciones de Seguridad Social declaradas y no pagadas, da cuenta del grave daño a la capitalización individual de los trabajadores y trabajadoras chilenos, puesto que, la capitalización se basa en la rentabilidad de los fondos, rentabilidad que los/as trabajadores/as dejaron de obtener por este pago diferido, lo cual ha sido llevado al extremo, con la condonación de reajustes e intereses que propicia el artículo 28 inciso 2º de la Ley 21.227.⁷⁷

Siendo las AFP un seguro privado que consiste, principalmente, en los aportes que realiza, en forma obligatoria, cada trabajador/a durante su vida laboral activa y, sobre

⁷⁷ Artículo 28. (...) Los empleadores que, durante la vigencia de las normas del título I de la presente ley, no hubieren pagado dentro del plazo legal la cotización obligatoria establecida en el artículo 17, la comisión destinada al financiamiento de la administradora que se señala en el inciso tercero del artículo 29 y la destinada al financiamiento del seguro a que se refiere el artículo 59, todos del decreto ley N° 3.500, de 1980, y las pagaren dentro de la vigencia de dicho Título o dentro de los veinticuatro meses posteriores a su término, podrán pagarlas por parcialidades que no superen el antedicho plazo de veinticuatro meses. En tal caso, no se les aplicarán los intereses, reajustes y multas establecidas en el artículo 19 de dicho cuerpo legal, con excepción de la reajustabilidad nominal del promedio de los últimos 12 meses de todos los fondos, si esta fuere positiva, que se determinará calculando el promedio ponderado de la rentabilidad de todos ellos, de acuerdo a la proporción que represente el valor total de las cuotas de cada uno, en relación con el valor de las cuotas de todos los fondos del último día del mes anterior.

los que gozan de un dominio bastante *exótico* (carece del factor disposición e impide la injerencia del afiliado/a, respecto de dónde y cómo se utilizan sus dineros); el sistema de capitalización individual, además, es un sistema que favorece, exclusivamente, a los afiliados de mayores ingresos, puesto que, al no pagar impuestos, el incremento de esta capitalización individual, en todas sus versiones, ha quedado reservado a la *élite* chilena que es capaz de ahorrar.

Este sistema único e irrenunciable fue impuesto en dictadura, para todas/os las/los trabajadoras/es dependientes, a partir del 31 de diciembre de 1982 y desde el año 2019, se extendió en su totalidad (comenzando gradualmente su aplicación), también, a los independientes, de conformidad a la Ley 20.255.

Las falencias y, en definitiva, el fracaso del sistema, se han hecho evidentes, al tenor de las exiguas pensiones recibidas por los trabajadores/as y por la incongruencia en muchos de sus ámbitos de respuesta ante un estado de necesidad como por ejemplo en las pensiones de invalidez (Ley 16.744). En efecto, si consideramos que la invalidez parcial o total se calcula a partir del promedio de las seis últimas remuneraciones del trabajador obtenidas antes del accidente y/o diagnóstico de dicha invalidez (35 % si es parcial, 70 % si es total)⁷⁸, tendremos como resultado que cuando ese trabajador/a llegue a la edad de pensionarse, recibirá el monto correspondiente al 10 % de la remuneración o renta imponible más todo aquello con que, voluntariamente, pudo haber aumentado dicha capitalización

⁷⁸ En: <https://www.suseso.cl/613/w3-propertyvalue-63864.html>. Última visita 20 de diciembre de 2020.

II. Derecho Colectivo del Trabajo

individual, obteniendo un ingreso inferior al percibido por concepto de invalidez.

Ingreso que –por cierto–, resulta del promedio del ingreso obtenido por el afiliado/a, en los últimos 10 años, lo cual siempre es bastante menor a lo que, idealmente, podría pensarse, ya que, al no existir en Chile pleno empleo, las/los trabajadoras/as, no solo, entran y salen en forma constante del sistema (especialmente las mujeres), sino que deberemos atender a la grave brecha salarial que existe en nuestro país, al subempleo, a los empleos precarizados en general y a la fuerte tendencia a la informalidad en el trabajo, esta última que, también, afecta gravemente a las mujeres, puesto que, el ingreso a la fuerza laboral formal se produce mayormente respecto de los hombres, debido a que en una sociedad como la nuestra la carga del cuidado de los hijos es de las mujeres, no existiendo conciencia ni amparo constitucional respecto de la corresponsabilidad filial ni familiar.

Asimismo, debemos considerar que las mujeres tienen mayor esperanza de vida que los hombres, así lo ha señalado el INE en informe reciente, en el que indica: “[en] Chile la Esperanza de Vida al nacer se ha triplicado. En 1900 se estimaba en 23,6 años para las mujeres y 23,5 años para los hombres y para el periodo 2015-2020 es de 82,1 mujeres y 77,3 para los hombres.”⁷⁹

Asimismo, qué duda cabe, que este sistema se ha transformado en un sistema público con beneficios privados.

⁷⁹ <https://www.ine.cl/ine-ciudadano/definiciones-estadisticas/poblacion/esperanza-de-vida#:~:text=En%20Chile%20la%20Esperanza%20de,77%2C3%20para%20los%20hombres.>

En efecto, en este sistema siempre resultan beneficiadas las AFPs, sin perjuicio, de los resultados negativos que tengan las inversiones realizadas, ya que, la carga y responsabilidad de las malas gestiones o el sistema fluctuante del mercado nacional e internacional es del afiliado, lo cual sumado a las bajas remuneraciones de las trabajadoras/es –como ya se dijera– da lugar a exiguas pensiones que deberán ser suplidas por pensiones otorgadas por el Estado, lo cual significa ante una realidad social como la nuestra, que el Estado se está haciendo cargo y se hará cargo en los años futuros –de no cambiar el sistema de pensiones–, del sustento de dichos trabajadores/as; lo cual no significa otra cosa que el Estado chileno subsidia a las AFPs.

Ahora bien, existen diversos modelos de Seguridad Social aplicados a nivel mundial, por lo que, no nos aventuraremos a señalar cuál sería el modelo de Seguridad Social que debería implementarse en nuestro país, lo cual, sin duda deberá ser motivo de discusión, al tenor del tipo de sociedad deseable para todas y todos.

Sin perjuicio, de lo manifestado, lo cierto es que, cualquier decisión que sea tomada respecto del modelo de Seguridad Social que implementemos o perfeccionemos, para nuestro país, deberá considerar, a lo menos, los siguientes aspectos: el carácter demográfico, es decir, el envejecimiento de la población; la incorporación de la mujer al trabajo formal, en igualdad de condiciones que el hombre; los efectos de la inflación, en lo que respecta al cálculo de las pensiones y a su pérdida de poder adquisitivo; la fuerza joven de trabajo que se incorpora al mundo laboral, toda vez que el poder adquisitivo de los jóvenes es bastante menor a los montos que podrán percibir acercándose al

II. Derecho Colectivo del Trabajo

término de su vida laboral, todo lo anterior, en cualquier caso, visto con perspectiva de género.

Todos elementos que deberán revisarse bajo un nuevo prisma de la realidad social, dejando a un lado el concepto de conmutatividad, de un simple seguro, en el que la premisa ha sido tanto pagas tanto recibes; dando paso a un sistema distributivo real, digno, eficaz y eficiente, y que la Seguridad Social sea comprendida, efectivamente, como un Derecho Humano.

III.

Nueva Constitución y perspectiva de género en el Derecho del Trabajo

NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA OPORTUNIDAD HISTÓRICA única, puesto que, hoy existe la posibilidad real de que podamos hacer de nuestra sociedad una sociedad igualitaria, en donde el trabajo sea considerado como un trabajo digno, decente y por sobre todo, sin sesgos sexistas, en el que la perspectiva de género debe estar presente y debe existir una garantía constitucional que determine la protección de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Nuestra actual Constitución, así como el Derecho del Trabajo, se encuentran ligados a una forma de pensamiento y, por tanto, de producción normativa que, tal como nos indica Frances Olsen, se han construido sobre series de dualismos o pares opuestos, en los que el derecho se identifica con el lado masculino; aún más, si consideramos que nuestra actual Constitución y las normativas laborales han sido producidas casi en su totalidad por hombres, en una sociedad patriarcal en donde la mujer se ha visto relegada a la reproducción, sin ser considerado siquiera su trabajo doméstico como un trabajo propiamente tal, sino más bien

como un deber tanto familiar (en la privacidad del hogar) como social (respecto del papel que juega en su función de cuidadora y reproductora en y para la sociedad).

El reconocimiento y regulación de la violencia en contra de las mujeres, en nuestras sociedades contemporáneas, ha significado reasumir nuestra historicidad. En efecto, en la actualidad, las mujeres han comenzado a ocupar el espacio público que hasta ahora se les había negado, por lo que, podemos decir que hoy las mujeres no sólo se hacen presentes en marchas y en masivas reuniones, si no que día a día son visibilizadas en un medio tan masivo como lo son las redes sociales. Lo anterior, ha sido posible gracias a la lucha de los movimientos feministas. En efecto, gracias al giro copernicano que ha dado el concepto que nombra y operacionaliza la violencia contra las mujeres, en gran parte de los países occidentales⁸⁰, sea de aquellos miembros de las Naciones Unidas, sea de aquellos pertenecientes a la OEA (para el caso específico de Latinoamérica y el Caribe); podemos señalar que ha habido un avance en la lucha por erradicar la lacra de este mal endémico cultural.

Lo anterior, porque al nombrar y renombrar, la violencia en contra de las mujeres, no hacemos otra cosa que visibilizar el problema de la desigualdad, de la discriminación y de la hegemonía patriarcal acomodaticia que ha sustentado la historia de la humanidad y que se resiste a desaparecer, al amparo de instituciones que deberían ser las primeras en resguardar los Derechos Humanos.

⁸⁰ Aunque no debemos olvidar a Túnez como pionero en la dictación de una legislación contra la violencia cometida en contra de las mujeres, Ley Orgánica 2017-58, de 11 de agosto de 2017, sobre La Eliminación de la Violencia contra Mujeres.

III. Nueva Constitución y perspectiva de género

En este contexto, en primer término, debemos hacer presente que Chile carece de una ley de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres, tampoco disponemos de normas que se hagan cargo (en forma específica) de la Violencia en contra de las mujeres ni menos de la violencia económica; así como, tampoco, nuestro ordenamiento jurídico nacional ha tipificado el *delito de acoso sexual*, el que está sancionado, exclusivamente, en materia laboral, en el Código del Trabajo (artículos 2 inciso 2º, 211-A a 211-E).⁸¹

III.1. El Sistema Sexo-Género y el Patriarcado

Para comprender en qué consiste el sistema sexo-género, necesariamente, deberemos remontarnos a los orígenes del patriarcado. Dicho concepto, por siglos, ha sido materia de investigación antropológica. Investigaciones que, según Lerner, concuerdan en que los homínidos se organizaron desde sus inicios, mayoritariamente, en comunidades igualitarias y desjerarquizadas. De este modo, el patriarcado es concebido como un proceso, mediante el cual, en el transcurso de (al rededor) de 2.500 años, llegó a conformarse la actual estructura de dominio social machista.

Al respecto, el antropólogo Claude Lévi-Strauss, relaciona el patriarcado, con el *intercambio de mujeres*, entendiéndolo como una forma de comercio, donde las mujeres fueron consideradas una mercancía. Por ejemplo, las alianzas negociadas entre tribus implicaban el canje de jóvenes que se veían obligadas a abandonar su lugar de

⁸¹ A este respecto, se hace imprescindible recordar que, en octubre de 1994, Chile, ratificó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer, también conocida como Convención de Belem do Pará.

origen y entrar a formar parte de otro clan. Este tipo de comercio pondría de manifiesto que desde muy pequeñas –las niñas– eran enseñadas a consentir y aceptar, sumisamente, las prácticas patriarcales.

De otra parte, desde una perspectiva filosófico-occidental, se ha señalado que la filosofía aristotélica centrada en el *Ándros* (*Ἄνδρως*) estableció jerarquías en las cuales el sujeto: hombre, blanco y económicamente poderoso; se encuentra en una posición jerárquica superior al niño (de allí que nos encontremos en una sociedad adulto centrista) y a la mujer, quién es descrita como un ser irracional, cuya característica principal es la reproducción.

De aquí la importancia de los movimientos feministas que se han ocupado de combatir, sistemáticamente, esta jerarquización –naturalizada– por siglos, por la que se nos ha hecho creer que este orden social jerárquico, (en cuya cúspide se encuentra el hombre) es un fenómeno natural, ya que, está en la naturaleza de la mujer obedecer y en la naturaleza del hombre mandar.

De tal suerte que todo el sistema jurídico ha sido concebido a partir de esta supuesta naturaleza de dominación, relegándose a las mujeres al espacio de lo privado, puesto que, se estima que –por naturaleza– los hombres tienen más capacidad racional (lo cual podemos evidenciar no solo en la historia, sino en la gran cantidad de leyes que han debido ser modificadas, lamentablemente, a una velocidad bastante menor que la de la ocurrencia de los fenómenos sociales).

Así, las mujeres fueron convertidas, en objetos de derecho, por los ordenamientos jurídicos, focalizados en un

III. Nueva Constitución y perspectiva de género

sistema cultural en el que las relaciones jurídico-sociales son *de suyo* desequilibradas, jerárquicas y de dominio, reduciéndose su espectro de cualificación, en el ámbito social.⁸²

El sistema binario sexo-género, construido a lo largo de la historia es un sistema de creación patriarcal que, por medio de estereotipos fija el comportamiento y participación de las mujeres en la sociedad⁸³. Se trata de un sistema que produce discriminación, segregación y marginación, lugares comunes de desigualdad, en los que la discriminación se transforma en matriz de otras desigualdades.

En escenario, las mujeres, han cumplido con su deber de reproducción, pero, además, han debido trabajar tanto dentro como fuera del hogar, cuidando de los hijos/as y de sus familiares, en dobles y/o triples (múltiples) jornadas, ya que, ciertamente, hemos avanzado socialmente hacia la incorporación de las mujeres en el mundo laboral (puertas afuera), pero el peso de esta visión patriarcal del género sigue imponiéndoles múltiples comportamientos prediseñados.

⁸² En este contexto, si bien es cierto las mujeres fueron consideradas, durante siglos como reproductoras, no es menos cierto que sus productos (sus hijos), no son otra cosa que seres sociales. De tal suerte que tal como lo señala Silvia Federeci, la fuerza de trabajo producida y reproducida, invisiblemente, por las mujeres, al final del día, les ha otorgado plusvalía.

⁸³ Rubin fue una de las primeras autoras que utilizó el concepto de sistema sexo-género en relación con las transformaciones sociales, con objetivo diferenciador. Por una parte, mientras el concepto de sexo se encarna y se hace reproductivo-biológico-natural; por otra parte, el género pasa a significar ontológica y deontológicamente, un constructo histórico-social, que se ligará –indefectiblemente– a lo biológico; dando paso a lo masculino y lo femenino.

En tal sentido, la geógrafa inglesa Silvia Chant, advierte que no podemos hablar de la feminización de la pobreza sin hacernos cargo de la feminización de la responsabilidad, toda vez que se ha avanzado en la incorporación de la mujer al mundo laboral, pero no se ha reparado en la incorporación del hombre en el ámbito de lo doméstico.

Por otra parte, en esta línea de razonamientos, debemos tener presente que, en la actual Constitución, la familia se yergue como un sujeto de derechos. En efecto, la familia no sólo se transformó en un sujeto de derechos, al ser posicionada constitucionalmente en el centro de la sociedad como *su núcleo fundamental* (artículo 1º inciso 2º), sino que, además, a la luz del concepto legal de matrimonio, se partió de la base de la existencia *incuestionable* del sistema sexo-género que, como sistema instituyente, desde entonces, ha generado y entronizado a la familia como productora de factores sociales, de los cuales las mujeres chilenas no han podido liberarse.

A este respecto, se hace necesario recordar que en Chile se ha trabajado, desde los años noventa, fundamentalmente, con el concepto de equidad de género. En este punto, debemos distinguir entre equidad e igualdad; la primera consiste en plantear oportunidades a niveles individuales; en tanto, la segunda, se encuentra, estrechamente, relacionada, con cambios estructurales y sociales, por lo que es a esta a la que debemos propender.

Ahora bien, a nivel de normativa internacional, debemos recordar que en 1979 se proclamó la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW), en la que se reconoció, por primera vez, la discriminación en contra de las mujeres, sólo por el

III. Nueva Constitución y perspectiva de género

hecho de ser mujeres. Sin embargo, será hasta la dictación de la Recomendación General N°19 de 1992, que se precisará que las mujeres tienen derecho a desenvolverse en un medio laboral libre de violencia.

Seguidamente, en el año 1994, en la Convención de Belem do Pará, (ratificada por todos los Estados de Latinoamérica, incluyendo a Chile), se estableció que la mujer tiene derecho a vivir una vida sin violencia en el ámbito laboral; convención que fuera adoptada por la OEA.

Con fecha 30 de enero de 2019, la CEPAL ha señalado como “Nota para la Igualdad”, lo que sigue:

“Las mujeres en el futuro del trabajo

La segmentación de los mercados laborales latinoamericanos –consecuencia de los elevados grados de heterogeneidad estructural y de la persistente división sexual del trabajo limita la inserción laboral de las mujeres y las concentra en ciertos sectores y ocupaciones de la economía. Los cambios acelerados que se relacionan con las tecnologías digitales plantean nuevos escenarios para el mundo del trabajo. Esto, sumado al proceso en curso de envejecimiento de la población, supone desafíos y oportunidades para la autonomía de las mujeres y para lograr una inserción en el mercado laboral más igualitario.”⁸⁴

Ahora bien, en cuanto a las políticas de identidad y de distribución, en Chile el traslape del género con la pobreza y las migraciones ha hecho que las políticas de distribución sean de las peores del mundo, somos uno de los países más desiguales, donde “el decil de ingresos más altos superaba

⁸⁴ En: <https://oig.cepal.org/es/notas/nota-la-igualdad-no-28-mujeres-futuro-trabajo>

2,8 veces la renta mediana en 2015, en línea con el promedio de 3,0 veces de Brasil, Costa Rica y México, pero muy por encima del promedio de la OCDE (2,0).⁸⁵

Asimismo, en informe emitido en 2019, la OCDE señala bajo el subtítulo *Alta desigualdad y baja movilidad social*:

“La desigualdad de ingresos de Chile es la segunda más alta de los países de la OCDE, después de México. El ingreso promedio del 10% más rico de la población chilena es 19 veces mayor que el ingreso del 10% más pobre, en comparación con el promedio de 9.3 en todos los países de la OCDE [Figure 6.1]. Los altos niveles de desigualdad tienden a obstaculizar la movilidad de ingresos y social: en Chile podría necesitarse que pasaran seis generaciones para que los descendientes de una familia ubicada en el 10% más bajo de la distribución de ingresos alcanzaran el ingreso promedio, en comparación con cuatro a cinco generaciones en promedio en todos los países de la OCDE [Figure 6.3].”⁸⁶

En este escenario de desigualdades, claramente, debemos trabajar hacia la consecución de una postura que mejore la posición de desigualdad entre mujeres y hombres, en materia laboral.

En definitiva, podemos afirmar que, hoy por hoy, el sistema sexo-género, se ha transformado en el bastión de lucha de la hegemonía patriarcal, que se resiste, a través de sus instituciones, a ceder espacios laborales, en igualdad de condiciones; negándose, indefectiblemente, a la emancipación de las mujeres y maquillando esta resistencia, con la

⁸⁵ En: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf>

⁸⁶ En: <https://www.oecd.org/chile/sag2019-chile-es.pdf>

III. Nueva Constitución y perspectiva de género

incorporación de protocolos y normas que no son más que fuegos fatuos en medio de la oscuridad.

Esta abierta discriminación, no ha sido ignorada por El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que con fecha 12 de marzo de 2018, concluyó su 69° periodo de sesiones en Ginebra (Suiza) e hizo públicas sus observaciones finales al séptimo informe periódico de Chile sobre la implementación de la Convención, recomendando a Chile:

“13. De conformidad con las obligaciones del Estado parte en virtud de la Convención y en consonancia con la meta 5.1 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Comité recuerda sus anteriores observaciones finales (CEDAW/C/CHL/CO/5-6, párr. 11) y recomienda al Estado parte que:

- a) Apruebe, con carácter prioritario, una definición jurídica exhaustiva de todas las formas de discriminación contra la mujer que abarque las formas directas, indirectas y concomitantes de discriminación en las esferas pública y privada y establezca, en su Constitución o en otra ley, el principio de igualdad formal y sustantiva entre mujeres y hombres, de conformidad con el artículo 2 a) de la Convención;
- b) Establezca un mecanismo de denuncia judicial específico para los casos de discriminación contra la mujer y vele por que se asignen recursos humanos, financieros y técnicos adecuados para su aplicación, incluida la provisión de capacitación para la judicatura con respecto a la resolución de esos casos;
- c) Apruebe el proyecto de ley sobre la identidad de género con las enmiendas propuestas;
- d) Organice actividades de capacitación a fondo para la judicatura y otras autoridades estatales en relación con la dis-

criminación y las violaciones de los derechos que sufren las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero y las personas intersexuales.⁸⁷

De acuerdo con este documento, el Estado de Chile deberá reportar, nuevamente, ante el Comité CEDAW en marzo de 2022.

En definitiva, creemos que una nueva Constitución deberá considerar, en forma específica, la igualdad real de hombres y mujeres ante la ley, en el ámbito laboral, debiendo ser garantizado por el Estado que dicha igualdad sea alcanzada, incorporando el enfoque de género en todas sus políticas públicas.

Conclusiones

Luego de haber realizado este recorrido por diversos aspectos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sugerimos, en primer término, que la nueva generación de normas constitucionales sean elaboradas con enfoque de género, esto es, considerando una construcción norma-constitucional inclusiva, que considere a la mujer en igualdad de derechos y no como un género subordinado, estimándose igual perspectiva valorativa para grupos minoritarios y excluidos.

Por otra parte, no creemos que, en materia laboral, la determinación precisa y específica de algunos derechos y sus protecciones, como los que hemos señalado a lo largo de esta presentación, signifique una –sobre constitucionalización– que pudiera ser nociva para la actividad legislati-

⁸⁷ En: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHL%2fCO%2f7&Lang=en

III. Nueva Constitución y perspectiva de género

va futura, puesto que, a lo que deberá atenderse en dicho aspecto, será más bien, a los quórums tanto para posibles reformas constitucionales como para la generación de nuevas leyes, asegurando con ello un trabajo legislativo real y sin ataduras.

Bibliografía

- Amorós, C. (1994). *Feminismo, igualdad y diferencia*. México: UNAM.
- Amorós, C. (1991). *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthropos.
- Arellano, Pablo. (2015). *Lecciones de Seguridad Social*. Santiago de Chile. Librotecnia.
- Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. Recuperado de: <http://www.nomasviolenciacontramujeres.cl/wp-content/uploads/2015/09/Bondui-Pierre-la-dominacion-masculina.pdf>.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. Recuperado de:
- Cueva, Mario de la. (2000), *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Porrúa.
- De Barbieri, T. (1993). *Sobre la Categoría Género una Introducción Teórico- Metodología*. En Debates en Sociología N°18. (145-169). Recuperado de: http://estudios.sernam.cl/img/upoloads/barbieri_sobre_categoria_genero.pdf.
- Gamonal, S. y otras/os. (2016). *Reforma del Derecho Colectivo del Trabajo. Examen crítico de la ley 20.940*. Santiago de Chile. Thompson Reuters.
- Gamonal, S. (2020). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Santiago de Chile. DER Ediciones Limitada.

TRABAJO Y DIGNIDAD

- OCDE, Chile. (2018). *Estudios Económicos*. Recuperado de: <https://www.oecd.org/eco/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf>.
- ONU. (2018). *Chile: Comité ONU emitió informe sobre los derechos de las mujeres en el país*. Recuperado de: <http://acnudh.org/chile-comite-onu-emitio-informe-sobre-los-derechos-de-las-mujeres-en-el-pais/>.
- Valdés, E. T. (2013). *La CEDAW y el Estado de Chile: viejas y nuevas deudas con la igualdad de género The CEDAW and the State of Chile: old and new debts with the gender equality*. En Anuario de Derechos Humanos. (171-181). Recuperado de: <file:///Users/marcela/Desktop/27042-1-89912-1-10-20130604.pdf>.

