Diciembre de 2021

Informe Trabajo y Nueva Constitución

Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines del Sector Financiero

Directoras y directores sindicales:

Pamela Henríquez,

Dennis Castro

Luis Mesina,

Ana Palleras

Evelyn Vira

Pablo Hidalgo

Yorka Delgado

Miguel Alderete

Andrea Riquelme

Javier Márquez

Manuel Garcés

John Ojeda

Claudia Baeza

Marco Bonnefoy

Nicole Massone

Asesora y autora: Javiera Aravena.

Contenidos

Presentación 4

Introducción 4

Reflexiones dirigentes sindicales 7

I.- PROPUESTAS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES 8

1. Preámbulo de la Constitución 8

2. Derechos fundamentales 9

3. Precepto que incorpore los tratados internacionales de derechos humanos 11

II.- DISCUSIÓN EN TORNO A LA "HOJA EN BLANCO" Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS 12

III.- Derecho al trabajo y su protección e igualdad y no discriminación 15

1. Trabajo y su protección constitucional 16

2. Garantías constitucionales relativas al trabajo en la Constitución Política de 1980 18

2.1. Libertad de trabajo y su protección. 19

2.2. Titulares Protegidos por el art. 19 Nº 16 de la Constitución. 22

2.3. La libre elección del trabajo y la libre contratación 24

2.4. Justa Retribución 25

3. Derecho al Trabajo 27

3.1. Reconocimiento 27

3.2. Derecho al trabajo y trabajo decente 27

3.3. Derecho al trabajo en los Tratados internacionales de Derechos Humanos 30

4. Derecho a la igualdad y no Discriminación 37

4.1. Derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución Política de 1980 39

4.2. Derecho a la igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos 42

4.3. Reflexiones dirigentes sindicales 45

5. Propuestas de redacción normas constitucionales sobre el derecho al trabajo e igualdad y no discriminación 46

IV.- LIBERTAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS DE LAS Y LOS TRABAJADORES 47

1. Derechos colectivos de las y los trabajadores 48

1.1. Derechos colectivos de las y los trabajadores en los Tratados internacionales de Derechos Humanos. 48

1.2. Historia Constitucional de los derechos colectivos de las y los trabajadores 54

2. Libertad sindical 56

3. **Derecho a la sindicación o sindicalización** 59

3.1. El Sindicato 60

3.2. Funciones y fines del sindicato 61

3.3. Normas generales Código del Trabajo 63

3.4. Derecho de sindicalización en constituciones extranjeras 64

3.5. Derecho a la sindicación o sindicalización 65

4. Derecho a la negociación colectiva 67

4.1. El conflicto colectivo 67

4.2. Derecho a negociar colectivamente 68

4.3. Contenido del derecho fundamental a la negociación colectiva 70

4.4. Titularidad del derecho a negociar colectivamente 71

4.5. Sobre la negociación por rama o sector de actividad 72

4.6. Negociación colectiva y la Organización Internacional del Trabajo 74

4.7. Beneficios de la negociación colectiva 75

4.8. Principios de la OIT relativos al derecho de negociación colectiva 78

4.9. Negociación colectiva en la Constitución de 1980 80

5. Derecho de huelga 81

5.1. Contenido del derecho de huelga 81

5.2. La huelga en la Constitución de 1980 82

5.3. Prohibición de la huelga 83

5.4. Limitaciones a la huelga dentro de la negociación colectiva reglada, regulada en el Código del Trabajo: el caso de los servicios mínimos. 86

5.5. OIT y los servicios mínimos en los servicios esenciales para la población 87

5.6. Derecho de huelga en la nueva constitución 90

6. Reflexiones dirigentes sindicales 90

7. Propuestas de redacción normas constitucionales los derechos colectivos de las y los trabajadores 92

Bibliografía: 94

Presentación

La Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines del Sector Financiero pone a disposición de las y los trabajadores y convencionales constituyentes, un trabajo que esperamos sea de utilidad para quienes estén interesados e interesadas en adentrarse en temas como los derechos fundamentales de las y los trabajadores y la nueva constitución.

Este informe fue elaborado en el marco de un proceso de aprendizaje y retroalimentación realizado en el seno de nuestra organización sindical, sobre la importancia de la Constitución en la vida de los y las trabajadoras y el estudio de los principales derechos fundamentales que nos implican como personas que trabajan y que les moviliza avanzar hacia un sindicalismo fuerte y una sociedad más democrática.

Dentro de este informe se propone la redacción de normas constitucionales con el objeto de que quienes participan del proceso constituyente, convencionales constituyentes propiamente tales y sus asesores y asesoras, tengan en vista y consideración nuestras propuestas, propuestas que provienen desde las y los titulares de los derechos fundamentales relativos al trabajo, es decir, de parte de las y los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

Introducción

Una Constitución es la decisión fundamental sobre la forma del poder, su configuración y su modo de ejercicio.[1]

La decisión fundamental de la dictadura, con la constitución de 1980, fue la de neutralizar el ejercicio del poder político democrático por parte de las y los ciudadanos, con el objeto de proteger el modelo neoliberal por ella impuesto,[2] reaccionando brutalmente a una acumulación creciente de poder político por parte de las y los trabajadores, que llega a su punto cúlmine con el ascenso del gobierno de la unidad popular en 1970.

El profesor Sergio Gamonal señala que la realidad chilena es un caso de violencia antisindical, sostiene que nuestro país a lo largo de su historia destaca por el antisindicalismo expresado en masacres vergonzosas en protestas o huelgas muchas veces pacíficas y en donde la idea del orden se ha manifestado a través de masacres de personas desarmadas.[3] Ejemplificando nuestra infame historia, con las masacres y matanzas de Santa María de Iquique (1907), Oficina Salitrera Ramírez (1891), Huelga de Valparaíso (1903), tres masacres ocurridas en 1904, 1905 y 1906, masacre de la Federación Obrera de Punta Arenas (1920), Matanza de San Gregorio (1921), Masacre de La Coruña (1925), represión en

[1] Fernando Atria, Constanza Salgado y Javier Wilenmann (2017) Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional, LOM Ediciones, p. 31.
[2] Ibíd., p. 11.
[3] Sergio Gamonal Contreras, Derecho Colectivo del Trabajo. Tercera Edición, Der Ediciones Limitada, 2020. P. 13

protestas sindicales agrícolas, especialmente una masacre ocurrida en 1934, el autor reflexiona que «(…) la violencia antisindical de carácter sistémico se prolonga ideológicamente hasta nuestros días, con una de las legislaciones sindicales más restrictivas del mundo, a saber, el Plan Laboral impuesto en la dictadura. Por ello, es necesario tener presente este contexto chileno y las críticas que la doctrina dirige al reglamentarismo legislativo que caracteriza su regulación.»[4]

A su vez, en términos de jerarquía de fuentes del derecho, el clima antisindical imperante se cierne desde la Constitución Política hacia abajo.

Ante la pregunta acerca de cuáles son los aspectos de la actual Constitución que más han perjudicado al movimiento sindical, podemos señalar que el perjuicio que sufre el movimiento sindical es el mismo que sufre la organización colectiva, pero más profundo aún, la Constitución vigente neutraliza la democracia, a sus principales agentes colectivos. El caso del movimiento sindical es paradigmático por su gravedad y abierta animadversión, la regulación de la acción colectiva de los trabajadores fue diseñada para anular su poder. Y la Constitución, por su claridad y jerarquía dentro de las fuentes del derecho, es una manifestación potente de esa hostilidad.

En aquel escenario se sitúa el movimiento sindical, en algunos casos porque se lo excluye de la participación en la disputa del poder -en la política- expresamente y, en otros, porque el diseño de la actividad sindical disminuye su rol como sujeto que ejerce y disputa el poder. Esto último se proyecta –como aquellos aspectos que perjudican al movimiento sindical-, en que, por ejemplo, se garantiza el derecho a la negociación colectiva en la empresa, no en estadios superiores, al mismo tiempo que se priva del derecho a negociar colectivamente a una importante franja de trabajadores y trabajadoras, y en cuanto a la huelga, la huelga no es reconocida como derecho constitucional, se menciona sólo para prohibirla.

Los aspectos de la actual Constitución que más han perjudicado al movimiento sindical son, entre otros, que encierra la actividad sindical a nivel de empresa; no hay referencia a la huelga como un derecho, se hace mención a ella sólo cuando se prohíbe su ejercicio, en efecto, a través de expresiones vagas y ambiguas, que respaldan la amplitud de la prohibición, se prohíbe la huelga a trabajadores cuyo empleador es el Estado, a quienes laboran en empresas que cumplan función o fin social (art. 19 Nº 16); no se garantiza el derecho al trabajo y su protección, se garantiza la “libertad de trabajo y su protección” (art. 19 Nº 16), una deficiencia constitucional con proyección legal dado que no se protege al trabajo y la estabilidad en el empleo.

En un segundo lugar, hay que reconocer que el legalismo extremo que padece el movimiento sindical chileno fluye, también, de la propia Constitución.

No obstante lo anterior, es el Plan Laboral el que principalmente ha fomentado en las y los dirigentes sindicales que su acción colectiva sea el piso y techo establecido en el Código del Trabajo.

[4] Ibíd., p. 19

K. Narbona señala que la dictadura vino a truncar el avance popular de los trabajadores en la deliberación colectiva de las condiciones de trabajo y de vida y el reconocimiento institucional que se estaba haciendo a ese poder, y explica:

> «Algo que poco se conoce es que en los primeros años, además de reprimir a los "elementos sindicales molestos", los militares intentaron controlar lo que quedaba de movimiento sindical con un proyecto de ley que afirmaba, de manera torcida y manipulada, su estructura de segundo grado, a la saga de la experiencia totalitaria española e italiana. La filosofía de esta apuesta era que el sindicato fuera un órgano gremial (apolítico) y que, unido por el mismo interés al gobierno y los empresarios –tesis del unitarismo social–, fuera un articulador del Estado. Allí contaba con el apoyo de varios dirigentes.
>
> Pero a medida que los civiles neoliberales adquirían más legitimidad, la cartera del Trabajo giró de manera cada vez más decidida en otra dirección para neutralizar al sindicalismo. El giro más grande lo protagonizará José Piñera, ministro del Trabajo entre 1978-1980, quien formuló, en su última versión, la nueva legislación sindical, que denominó Plan Laboral (DL 2.756 y DL2.758). Él lidiará con el problema sindical por la vía propiamente neoliberal, que es la de reducción de los sindicatos.
>
> Bajo la inspiración de Milton Friedman y en especial de Friedrich Hayek –autor del célebre ensayo "Sindicatos ¿Para Qué?", de 1959–, Piñera concibió una institucionalidad que tolerara a sindicatos siempre y cuando fueran pequeños y encapsulados. Esa institucionalidad se basaba en 4 pilares: a) Negociación solo de nivel de empresa, prohibida por rama; b) "Huelga que no paraliza", practicada solo en la negociación colectiva y con reemplazo de trabajadores en huelga; c) Pluralismo a ultranza, permitiendo la competencia de sindicatos entre sí y a la vez con grupos negociadores dentro de la empresa; y d) Despolitización, alejando la acción sindical de los temas país y confinándola a lo local e inmediato (vetando incluso ahí el poder negociar las "facultades administrativas del empleador").»[5]

La visión hegemónica del marco de acción del sindicalismo, delimitado por la regulación de la organización colectiva en la Constitución y la ley, se expresa en los N°s. 16 y 19 del artículo 19 de la Constitución, con mayor claridad en la prohibición de actuar de los sindicatos en actividades político partidistas (art. 19 N°19 C°). Esto ha implicado la aceptación de que el horizonte de lo posible está demarcado por las normas, mientras que la mayoría del movimiento sindical ha aceptado ese límite como algo incuestionable.

En todo caso, los dos aspectos mencionados se interrelacionan: debido al escaso poder que tiene el movimiento sindical, -con legítimas razones- ve en la regulación jurídica una vía para mejorar su marco de acción. De ahí que surge la necesidad de abordar constitucional y legalmente el sindicalismo y su acción colectiva.[6]

Sostenemos que, si hay una materia en que la nueva constitución debe ser refundacional, en el sentido mítico de la Constitución revolucionaria, es en materia sindical.

---

[5] Karina Narbona, "La deuda con los trabajadores a 36 años del Plan Laboral", columna publicada en El Mostrador, 15/10/2015. Disponible en el enlace https://www.fundacionsol.cl/blog/actualidad-1/post/la-deuda-con-los-trabajadores-a-36-anos-del-plan-laboral-5827

[6] S. Gamonal, ante la pregunta de ¿Cómo equilibrar y hacer justicia a los trabajadores? Responde que por medio de un sindicalismo fuerte y de una negociación colectiva de carácter ramal, que aumente la cobertura de la negociación colectiva en Chile.

No obstante lo anterior, y complementariamente, sabemos que la Constitución Política no es la solución a todos nuestros males. Es más, como se reflexionó en los talleres realizados por esta Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines, el gran desafío del mundo del trabajo es disputar espacios de libertad y respeto a derechos fundamentales -individuales y colectivos, en el Código del Trabajo.

Como señala Atria, Salgado y Wilenmann, la crisis constitucional permea "(…) la práctica política completa de una sociedad. Su solución no es, en ningún caso, condición suficiente para la «solución de todos los problemas de la gente», pero es condición necesaria para la reestructuración de la vida política chilena, hacia una forma en que la política realmente tenga capacidad de acción para enfrentar el poder fáctico."[7].

Reflexiones dirigentes sindicales

Dentro de proceso de aprendizaje sobre la constitución y el trabajo, esta Confederación de Sindicatos realizó diversos talleres que sirvieron al diálogo y reflexión acerca de la *cuestión constitucional.*

- Ante la pregunta, ¿Qué esperan de la constitución en materia laboral? Las y los directores y dirigentes sindicales que lideran la Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines, reflexionaron:
- Que cree mecanismos para protección laboral, *ahí va a ser una constitución que proteja, que saque todas estas dificultades al acceder a las leyes e instrumentos para proteger a las y los asociados;*
- Proteger al sindicalismo
- Que desde la Constitución se puedan generar reales reformas a favor de las y los trabajadores, que garantice acceso al trabajo y también las condiciones del trabajo;
- Que defina directrices más claras respecto al tema laboral, conceptos;
- Nos preguntamos acerca de qué tanto impacta la Constitución en el Código del Trabajo;
- Se plantea que se debe eliminar la causal de despido de necesidades de la empresa; que haya protección real, que los empresarios no puedan seguir imponiendo sus condiciones
- Es necesaria más protección laboral hacia el trabajador y que resguarde remuneraciones decentes.
- La Constitución no es un código laboral, diálogo acerca de la distinción entre lo legal y constitucional;
- Importancia de reforma al Código Laboral que sea coherente con la regulación constitucional de los derechos de las y los trabajadores.
- La Constitución importa porque es la vara con la que se mide la legislación.
- Importa que la Constitución garantice derechos y establezca directrices para tener una institucionalidad fuerte que proteja a los trabajadores.
- Son necesarias garantías de agencias de trabajo para proveer empleos decentes a trabajadores cesantes, necesitamos una Dirección del Trabajo presente, eficaz y eficiente, que tenga independencia y autonomía.

[7] Fernando Atria, Constanza Salgado y Javier Wilenmann, Op. cit., p. 28.

- ❖ "Nuestra verdadera Constitución es el Código Laboral". Debe haber una mirada conjunta y separar que es conveniente que se consagre en la Constitución y qué es lo que es preferible que se regule a nivel legal.
- ❖ Legitimidad de la Constitución es un asunto político, si se la sobrecarga con garantías y normas irrealizables va a perder legitimidad, fuerza jurídica, pues existe el riesgo que sea aplicable, que no sea exigible dado el exceso de regulación.

I.- PROPUESTAS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES[8]

Esta organización sindical, ha elaborado propuestas de texto constitucional, que en ningún caso se presentan como estáticas e inalterables, todo lo contrario, buscan ser un aporte al debate constitucional en desarrollo.

Las propuestas que a continuación se exponen, son fruto de diálogo llevado a cabo en el seno de esta organización sindical, la atención a lo manifestado por expertos y expertas[9], estudio a nivel nacional e internacional sobre la materia, revisión de constituciones comparados e insumos proporcionados por el propio sindicalismo.

El fin no es otro que poner en el centro al trabajo humano, dar valor a las y los trabajadores como sujetos de derechos merecedores de protección y de espacios de libertad, especialmente de libertades y derechos colectivos.

1. Preámbulo de la Constitución

Asentado en el reconocimiento de que el Estado chileno se define como un Estado social de derechos, democrático y plurinacional, fundado en la igual dignidad y libertad de todos y todas las personas y pueblos que habitan el territorio, se propone el siguiente precepto constitucional, el cual, junto con otras disposiciones contenidas en el preámbulo, perfilan al Estado que queremos:

- Importancia del trabajo:
  "La Constitución reconoce como principio constitutivo del Estado, el valor del trabajo y su protección, la igualdad y no discriminación, y la igual valoración social del trabajo asalariado, no asalariado, productivo, reproductivo y de cuidados".

- Proscripción de la esclavitud:
  "Se prohíbe la esclavitud. Toda persona que entre al territorio nacional es libre".

[8] Como hemos señalado, reiteramos que estas propuestas de redacción no son estáticas e inalterables, todo lo contrario, están constantemente sujetas a revisión y discusión. Lo verdaderamente importante es que en la nueva constitución se reconozca los contenidos acordados como esencialmente constitucionales, que en esta oportunidad son planteados en clave textual.

[9] Agradecemos especialmente el trabajo realizado por José Luis Ugarte, César Toledo, Daniela Marzi y Sergio Gamonal, en el cual abordan los derechos de los trabajadores de cara a la nueva constitución.

- Importancia de las organizaciones sindicales en un Estado social democrático:
  "Las organizaciones sindicales de trabajadores contribuyen al diálogo social, al fortalecimiento de una democracia pluralista y a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de las y los trabajadores. Su constitución y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución."

2. Derechos fundamentales

En el acápite sobre derechos fundamentales, la Constitución debe prescribir la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es decir, preceptuar que los derechos fundamentales obligan y deben ser respetados por toda persona, natural o jurídica, y que no sólo obligan al Estado en sus diversas manifestaciones.

El estado debe reconocer y proteger las siguientes garantías y derechos de los cuales son titulares todas las personas humanas:

Precepto constitucional sobre derecho al trabajo y su protección, y el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo:

"El derecho al trabajo y su protección. El Estado debe promover las condiciones que hagan efectivo este derecho.

El derecho a elegir libremente su trabajo, el derecho a la protección contra el desempleo, el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo, desde su ingreso hasta el término de la relación de trabajo, el derecho a condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana, el derecho a descansar y al disfrute del tiempo libre, el derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo, el derecho a desconexión, el derecho a un salario justo y suficiente que asegure al trabajador o trabajadora y a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y el derecho a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.

El derecho a la estabilidad en el empleo. Nadie podrá ser despedida o despedido de su trabajo sin una razón legítima.

Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida y nadie puede ser obligado a un trabajo determinado, salvo en el marco de un interés público valioso, proporcional, general e igual para todas las personas en la misma condición.

Se prohíbe el trabajo forzoso y la trata de personas.

Se prohíbe el trabajo infantil, salvo circunstancias excepcionales establecidas en la ley que respeten el principio de protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

El salario mínimo fijado por la ley, o en la forma que ésta determine, deberá ser reajustada periódicamente de acuerdo a las variaciones experimentadas por el costo de la vida.

El derecho a la la igualdad y no discriminación salarial y de condiciones de trabajo. El Estado adoptará medidas correctivas de toda índole contra la discriminación directa e indirecta, de iure o de facto, que permitan hacer efectivo este derecho.

El derecho de las y los trabajadores a una justicia especializada, expedita y eficaz, y el cobro oportuno de sus créditos laborales.

El Estado deberá asegurar una institucionalidad que proporcione protección eficaz a las y los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

El Estado promoverá el acceso al empleo, a un nivel de empleo lo más estable y alto posible, al desarrollo vocacional y la permanente educación y formación técnica y cultural, capacitación y especialización de las y los trabajadores.

El Estado protegerá el empleo humano ante el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo y su transformación, privilegiando la reconversión del trabajo.

El Estado promoverá la igualdad y equidad de género en la participación en el trabajo, corresponsabilidad parental, protección de la maternidad e igualdad salarial."

Precepto constitucional sobre el derecho de sindicación o sindicalización:

"El derecho a la sindicación, libertad y autonomía sindical.

El derecho a constituir organizaciones sindicales que estimen conveniente, en cualquier nivel, de carácter nacional e internacional, a afiliarse y desafiliarse de ellas, a darse su propia normativa, trazar sus propios fines y realizar su actividad sin intervención de terceros.

El Estado deberá permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente, absteniéndose de toda intervención que limite este derecho y garantizándoles su autonomía.

Las y los dirigentes sindicales elegidos por los trabajadores gozan del derecho a la información y consulta, así como a la protección legal adecuada contra cualesquiera formas de condicionamiento, coacción, persecución o limitación del ejercicio legítimo de sus funciones

La ley podrá establecer un sistema de representatividad sindical para ejercer derechos sindicales colectivos, siempre que se base en criterios razonables.

Una organización sindical no podrá ser disuelta por decisión administrativa."

Precepto constitucional sobre el derecho de negociación colectiva:

"El derecho de las organizaciones sindicales a negociar colectivamente en todo nivel y sector de la economía.

El Estado deberá promover y garantizar la negociación colectiva en todo nivel, creando las condiciones necesarias para su desarrollo y efectividad.

Las organizaciones sindicales tendrán el derecho preferente y excluyente de negociar colectivamente.

Precepto constitucional sobre participación de las y los trabajadores en la empresa:

"El derecho a participar de las decisiones económicas de las empresas"

Precepto constitucional sobre el derecho de huelga:

"El derecho de huelga.

Compete a las y los trabajadores definir el ámbito de los intereses que se propongan defender mediante la huelga, ámbito que no podrá ser limitado por la ley.

La huelga podrá ser limitada en su ejercicio producto de la provisión de servicios mínimos necesarios en aquellos servicios esenciales para la vida, salud o seguridad de la población.

Toda limitación al ejercicio de este derecho deberá ser establecida por ley, respetará su carácter de derecho fundamental y no anulará su ejercicio."

3. Precepto que incorpore los tratados internacionales de derechos humanos

La nueva constitución deberá incorporar un precepto que obligue al Estado a promover, respetar y garantizar los derechos y deberes contenidos en tratados internacionales sobre derechos humanos.

Dentro de estos tratados se encuentran declaraciones, tratados y convenciones que forman parte del sistema universal e interamericano de derechos humanos, y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, suscritos y ratificados por Chile.

Así, por ejemplo, son fuente de derecho y por tanto obligan a sus destinatarios, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Nºs 87 Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Trabajo, 98 Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, y 151 Sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y la

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, entre otros instrumentos internacionales.

Propuesta de precepto constitucional que incorpore los tratados internacionales de derechos humanos

En razón de lo expresado en el acápite anterior, se propone la siguiente disposición constitucional:

> "Los tratados internacionales de derechos humanos son fuente de derecho de igual jerarquía que esta Constitución Política.
>
> El Estado se obliga a promover, respetar y garantizar los derechos y deberes contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile."

II.- DISCUSIÓN EN TORNO A LA "HOJA EN BLANCO" Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El Capítulo XV sobre la Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una nueva constitución de la república, introducido en la Constitución Política vigente, en diciembre de 2019, establece:

> *"El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."* (artículo 135 inciso final).

Se debate consiste en la interpretación acerca de si la norma citada prohibiría consagrar normas cuya interpretación sea contraria tratados internacionales o sólo se referiría a que la nueva constitución no puede derogar tratados internacionales por su propia iniciativa. En cuanto a esto último, es relativamente claro que la Convención Constitucional no puede, a través de la Constitución, eliminar, derogar o retirarse de tratados internacionales que el poder constituido ha suscrito[10]. Y con "tratados internacionales" nos referimos a los tratados internacionales de derechos humanos, relativos a la protección del medio ambiente y aquellos tratados que forman parte del derecho Internacional Privado[11].

[10] Para revisar los tratados internacionales que el país ha suscrito, ver "Tratados internacionales: Lo que no se podrá cambiar en una nueva Constitución", Plataforma Contexto +. Enlace: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/tratados-internacionales-lo-que-no-se-podra-cambiar-en-una-nueva-constitucion/. Consultado el 02/11/2021.

[11] La Organización de Estados Americanos (OEA) define al derecho privado internacional como "el marco jurídico formado por convenciones, protocolos, leyes modelos, guías legislativas, documentos uniformes, jurisprudencia, práctica y costumbre, así como otros documentos e instrumentos, que regula la relación entre individuos en un contexto internacional".

Como da cuenta la Facultad de Derecho de la UDP «Lo cierto es que este tema *(si la convención deberá considerar los acuerdos internacionales que Chile ha firmado)* fue debatido latamente antes que se aprobara la reforma al capítulo XV, acordada primero por partidos políticos de forma transversal y luego, redactada por una comisión técnica. María Cristina Escudero, polítologa *(sic)* y quien fue parte de esa mesa, explica que "los compromisos que el Estado de Chile ha adquirido no pueden saltarse las normativas institucionales donde Chile está inserto. Esto está pensado principalmente para los tratados de Derechos Humanos y acuerdos limítrofes porque lo que tiene que hacer la Convención es una nueva Constitución y no dar término a los acuerdos internacionales".

Escudero agrega que, en virtud de la redacción de una nueva Carta Fundamental, se podrían revisar posteriormente nuestros acuerdos internacionales: "La convención no se puede reunir un día y decir 'el Pacto de San José no nos gusta, desde mañana no va a estar', porque los tratados dependen de la continuidad jurídica del Estado, no de la Constitución"»[12].

En cuanto a lo primero que se ha señalado debemos distinguir, esto es, ante la interrogante acerca de si la nueva constitución puede contener normas cuyas posibles interpretaciones contrarían o desafían tratados internacionales, se debe distinguir, pues no todos los tratados internacionales tienen el mismo valor. Cuando estamos ante tratados internacionales de derechos humanos (TIDH), la respuesta es rotunda: la nueva Constitución no puede establecer normas que contraríen TIDH o transgredan la prohibición de regresividad de los derechos humanos sociales[13]. Esta discusión, que muy probablemente posicionará ideológicamente a los convencionales constituyentes a la hora de discutir los contenidos constitucionales, se resuelve, a nuestro entender, en base a la labor que les ha sido encomendada y a conceptos que les preceden y obligan.

Los derechos humanos son inalienables e imprescriptibles, las personas, por el hecho de serlo, son titulares de derechos humanos.

Son los derechos humanos un invento de la humanidad para resistir la barbarie, consagrar la dignidad de la persona humana como fundamento y fin de los derechos humanos, constituyen límites a la soberanía. De modo que mal puede una nueva constitución alterar esa realidad ontológica de los derechos humanos y establecer normas contrarias a la protección que contempla los tratados internacionales que reconocen derechos humanos. En cambio, los instrumentos internacionales que forman parte del derecho internacional, tales como, por ejemplo, los tratados de libre comercio, no constituyen límites a la soberanía de los pueblos, de modo que la Constitución eventualmente podrá contener normas que

[12] En ¿QUÉ SIGNIFICA QUE LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEBERÁ RESPETAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES FIRMADOS POR CHILE?, Facultad de Derecho UDP. Enlace: https://derecho.udp.cl/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/. Consultado el 02/11/2021.

[13] En el caso, estamos ante la prohibición de regresividad normativa o de retroceso normativo, donde regresividad se relaciona a la extensión de los derechos concedidos por una norma. "(P)ara determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.". Christian Courtis (2006), Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Christian Courtis Comp., Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 3.

desafíen normas contenidas en dichos tratados, lo que no significa, en ningún caso, su derogación expresa o tácita.

Así, no cabe duda de que los tratados internacionales sobre derechos humanos son aquellos respecto a los cuales no cabe la "hoja en blanco", de manera que el Estado continúa obligado a respetar y garantizar dichos cuerpos normativos que, además, completan y corrigen el ordenamiento jurídico nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, es deseable y muy probable que la nueva constitución establezca alguna norma sobre la conciliación de la Constitución Política con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Cabe señalar que la Constitución vigente de 1980, en su artículo 5° inciso segundo consagra lo que se ha denominado la "cláusula de apertura" al derecho internacional de los derechos humanos. El precepto reza:

> *"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.* ***Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."***

El profesor de derecho constitucional Humberto Nogueira, señala que los tratados y convenciones forman junto con los contenidos o atributos de los derechos asegurados constitucionalmente, el bloque constitucional de derechos fundamentales en virtud de la norma transcrita. Y que el artículo 5° inciso segundo de la Constitución, determina como límite al ejercicio de la soberanía, los derechos que emanan de la naturaleza humana y establece el deber de los órganos estatales de asegurar y promover tales derechos, el principio de buena fe que rige las obligaciones jurídicas y del principio de los actos propios que implica que el Estado no puede desconocer ni negar la existencia de un derecho previamente reconocido que emana de la naturaleza humana o de la dignidad humana, constituyendo un atributo del ser humano, y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que impide al Estado poner obstáculos de derecho interno al cumplimiento del derecho internacional[14].

No obstante, la realidad es que sin perjuicio de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y suscritos por Chile, la normativa interna sobre derecho del trabajo, en su vertiente individual y colectiva, no se adecua por regla general a la visión del trabajo como un bien social de mayor trascendencia y merecedor de protección. El derecho interno se adecua parcialmente a los mandatos contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en otros casos, se aleja definitivamente de los mandatos internacionales.[15]

---

[14] Humberto Nogueira (2008), Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Librotecnia, p. 399.

[15] El trabajo de analizar la normativa nacional sobre el trabajo dependiente y asalariado a la luz del derecho del trabajo y del plexo protector de derechos y estándares internacionales provistos por la OIT y tratados internacionales de derechos humanos, ha sido desarrollado de modo crítico y analítico, ente otros autores, por CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis (2010), Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico

Muestra de la carencia de fuerza normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos es, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional nacional no reconoce explícitamente su carácter vinculante y exigibilidad directa de los derechos que tales tratados estipulan. Si bien hay opiniones disidentes en relación a esto último, lo cierto es que "(l)a jurisdicción constitucional ha sido muy reacia a reconocer en los tratados una fuente directa del derecho constitucional chileno. Respecto de los tratados internacionales y su relación con el artículo 5.° inciso 2 CP, ha sostenido de forma reiterada que el límite constitucional a la normativa infraconstitucional son los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y no los tratados que los contienen."[16]

En línea con lo anterior, y consecuencialmente, el Tribunal Constitucional no reconoce fuerza vinculante a las recomendaciones de la OIT y los dictámenes de los organismos de control de la OIT. En efecto, en el bullado fallo relativo a la constitucionalidad de algunas normas del proyecto de ley denominado Reforma Laboral en el gobierno de Michelle Bachelet II, el tribunal sostuvo que "(…) es útil tener presente que las recomendaciones de la OIT no son tratados internacionales y no tienen carácter jurídicamente vinculante.", concluyendo sobre la materia que los acuerdos de la Comisión del Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical no significan una interpretación de los Convenios suscritos por Chile que sean vinculantes para nuestro país, y por ende no pueden generar las obligaciones o responsabilidad internacional aducidas en las Observaciones al Requerimiento;". (Fallo del Tribunal Constitucional, Rol N°3016 (3026), de 09/05/2016).

Si bien es cierto que las Recomendaciones de la OIT y los pronunciamientos de sus organismos de control no son tratados internacionales, pareciera ser que el verdadero problema consiste en que el Tribunal Constitucional no otorga valor alguno a las recomendaciones y pronunciamientos de los organismos autoritativos que interpretan las recomendaciones y convenios OIT, y resuelven casos sometidos a su conocimiento en base a dichos instrumentos. Refrenda lo anterior que, el Tribunal Constitucional sostiene que en la Constitución de 1980 la libertad sindical se abarca desde una óptica individual, con énfasis en la libertad de afiliación, que la negociación ramal es incompatible con la Constitución y que la regulación constitucional no es incompatible con los Convenios OIT.[17]

III.- Derecho al trabajo y su protección e igualdad y no discriminación

(Santiago: Legal Publishing), 110 pp. Y GAMONAL, Sergio (2011), Fundamentos de Derecho Laboral, (Santiago: Legal Publishing), 162 pp.

[16] M. Yáñez Espinoza. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables. Derecho del Estado n.° 37, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016, pp. 229-254.

[17] Fallo del Tribunal Constitucional, Rol N°3016 (3026), de 09/05/2016.

1. Trabajo y su protección constitucional

El trabajo es un atributo esencial de la persona, que se integra en su dignidad y patrimonio, y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y ampare." (Cortes superiores de justicia chilenas, 1974).

El trabajo en la Constitución se concibe como una libertad que debe ser protegida, no obstante, lo vacía de contenido político y de su dimensión colectiva.

La Constitución reconoce parcialmente el trabajo y le otorga valor en una dimensión específica e incompleta, esto es, como una libertad personal. Cuestión bastante distinta al reconocimiento y consagración del trabajo como un derecho, reconocido en las constituciones contemporáneas que son referentes en este proceso.

El desarrollo constitucional -y evolución- de los derechos y garantías relativos al trabajo y su protección fue truncado por la dictadura civil y militar y la imposición de la Constitución Política que nos rige. En efecto, la protección al trabajo formó parte del núcleo duro constitucional hasta la ruptura de la democracia acaecida en 1973 con el golpe de Estado.

Como veremos en la siguiente tabla, existió un avance en la protección del trabajo que fue creciendo constitucionalmente en relación al derecho al trabajo, su protección y valor social, en armonía con la dignidad humana de quien trabaja.

Asimismo, la siguiente tabla, grafica, también, el sino evolutivo que se hubiera profundizado con la eventual aprobación mediante plebiscito de la propuesta de nueva constitución del gobierno de la Unidad Popular, que habría sido plebiscitada en septiembre de 1973, pero que por motivos por todos y todas conocidos, no pudo ser votada.

Constitución vigente de 1980	**Constitución de 1925 original[18]**	**Constitución de 1925 (modificada en 1970)[19]**	**Propuesta de Nueva Constitución del Gobierno de la Unidad Popular[20]:**
Régimen político: dictadura	Régimen político: democracia	Régimen político: democracia	Régimen político: democracia
Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 16º.- La libertad de trabajo y su protección.	ART. 10.-La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: "14. La protección al trabajo, a la	ART. 10.-La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:	Todo ciudadano tiene derecho al trabajo, a elegir libremente la ocupación, empleo o actividad de acuerdo a su capacidad. Tiene derecho a una remuneración según la cantidad y realidad del trabajo que ejecute. La

[18] Constitución Política de la República de Chile promulgada el 19 de septiembre de 1925. Edición Oficial disponible en: https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/17659

[19] Regulación de diciembre 1970, reformada a través del Estatuto de Garantías, Ley N°17.398 modifica la Constitución Política del Estado, publicada en el D.O. en diciembre de 1970.

[20] El proyecto de Nueva Constitución del gobierno de la unidad popular habría sido sometido a plebiscito en el mes de septiembre de 1973.

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. (...) Última modificación: 2005.	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 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 públicas, 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”	“14° 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 a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan. (...) 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;” (Art. 10 N°14 CPR)	remuneración de las mujeres y jóvenes no tendrá discriminación. Todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima que le asegure, a él y a su familia, una existencia digna, garantizando la satisfacción de las necesidades alimenticias, de vivienda, vestuario, educación, recreación y descanso. La remuneración mínima fijada por la Ley, o en la forma que ésta determine, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso anterior, deberá ser reajustada periódicamente de acuerdo a las variaciones experimentadas por el costo de la vida. El Estado aplica una política económica, de salud, social y cultural en orden a aprovechar las aptitudes físicas, intelectuales y creativas de todo el pueblo para desarrollar de manera sostenida, en conjunto con el crecimiento de la producción, el pleno empleo, el elevamiento del nivel de vida, la paulatina reducción de la jornada de trabajo, especialmente en las labores pesadas o riesgosas, la superación de las diferencias entre el trabajo manual e intelectual y el de la ciudad y el campo. El derecho al trabajo está garantizado por la Propiedad Social de los medios de producción en las empresas estatales y su función dinamizadora; por la existencia del área mixta de la economía y de la propiedad cooperativa; por la planificación del proceso productivo en el sector privado; por el aumento de la productividad del trabajo, por el desarrollo científico-tecnológico; por la permanente formación y

			especialización de los trabajadores, y por las normas del nuevo derecho al trabajo.[21]

2. Garantías constitucionales relativas al trabajo en la Constitución Política de 1980

Para saber del sujeto colectivo que somos, trabajadoras y trabajadores organizados colectivamente en torno a una Confederación de sindicatos y federaciones del área de servicios bancarios y financieros afines, es menester conocer el material jurídico con el que contamos en la actualidad, sus interpretaciones y el contenido que la comunidad jurídica entiende que envuelven los derechos relativos al trabajo y su protección.

Por lo tanto, a continuación, revisaremos las interpretaciones de las normas constitucionales sobre trabajo más favorables en relación al texto constitucional con el que contamos, el cual es pobre e ideológicamente situado.

La Constitución vigente señala en su artículo 19 N° 16:

> *La Constitución asegura a todas las personas:*
>
> *6º.- 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. (...)"*[22]

[21] Debemos agregar, además, que la propuesta innovaba en la participación colectiva de las y los trabajadores en "todos los organismos de decisión" y "conducción de sus centros de trabajo". En otras palabras, la propuesta de la Unidad Popular incorporaba los derechos de coparticipación y codecisión de las y los trabajadores en la conducción de la empresa
"Participación
Los derechos de los trabajadores los garantizan los propios trabajadores a través de su participación en todos los organismos de decisión.
Los trabajadores participan en la conducción de sus centros de trabajo, en la forma y condiciones que determine la Ley.
Los trabajadores participan dentro de las empresas y centros de trabajo en la elaboración de
los planes de producción y servicios, y organizan la discusión permanente en torno a sus metas."

[22] Última modificación a la norma fue realizada en 2005.

2.1. Libertad de trabajo y su protección.

En la Constitución de 1980 se habla de libertad de trabajo y su protección como una libertad individual negativa, esto es, la libertad de elegir un trabajo sin interferencias de otros, esto último le otorga el carácter de libertad negativa, es decir, es negativa porque protege contra la eventual afectación de terceros.

Sin perjuicio del esfuerzo interpretativo que supone correr el cerco que impone la Constitución vigente en relación a la protección del trabajo como un derecho, lo cierto es que la Constitución de 1980 garantiza la libertad de trabajo y la protección a tal libertad. Y no garantiza, por ejemplo, la protección contra el desempleo y la estabilidad en el empleo, condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana, el descanso y la limitación razonable de las horas de trabajo.

Es importante destacar que la libertad de trabajo es un fenómeno que precede y trasciende al derecho del trabajo, no es connatural a él, la libertad de trabajo beneficia a trabajadores dependientes e independientes, es decir, a quienes están protegidos por el Código del Trabajo como aquellos y aquellas que no lo están, a diferencia del derecho *al* trabajo, que se enmarca dentro de la rama del derecho del trabajo , un área del derecho cuya vocación es la protección al trabajador y trabajadora, bajo subordinación y dependencia. Como reflexiona José Luis Ugarte, la realidad es que existían normas protectoras para las y los trabajadores vinculados a sus empleadores mediante contratos civiles, es decir, que existían normas de protección al trabajador y trabajadora incluso antes de la existencia del contrato de trabajo y el derecho del trabajo como los conocemos.[23]

En efecto, el J.L. Ugarte señala que aquella extraña situación jurídica se explica por los siguientes motivos

> «La razón de esta extraña situación histórica es el tipo de mediación jurídica que realiza lo que llamamos derecho del trabajo. El derecho del trabajo es una forma de mediación de segundo grado, esto es, una mediación que se construye sobre otra intervención previa: la constitucional de la libertad de trabajo. La mediación básica —de primer orden— exigida por el sistema productivo al derecho es la constitución del trabajo como mercancía —más modernamente la articulación de lo que llamaríamos un mercado de trabajo—. Esa mediación es realizada por fuera de la órbita del derecho del trabajo, específicamente a través de las normas constitucionales que ratifican, por el lado del capital la propiedad privada, y por el lado del trabajo la libertad de trabajo. Ambos vectores subjetivos —propietario y trabajador— confluyen en una mercancía que es el trabajo. La mediación del derecho del trabajo —de segundo orden— opera sobre la base constituida por el régimen constitucional de la sociedad capitalista, con sujetos ya constituidos como

[23] José Luis Ugarte (2021), "LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. WEIMAR Y SUS ANTEPASADOS" 2021, en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 33, julio-diciembre de 2021, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), P. 109

> propietario y como oferente de trabajo. Esa mediación surge tensionada por su ambivalencia, cuestión explicada por la naturaleza de la mercancía que regula.»[24]

Lo anterior significa, entre otras cosas, que la libertad de trabajo es un derecho que no pretende proteger al trabajador o trabajadora en su trabajo propiamente tal (y todo aquello que implica), lo que protege es la libre elección de trabajo en el mercado de trabajo.

Así, tenemos que la libertad de trabajo es insuficiente. La libertad de trabajo sin protección al trabajo propiamente tal, y, por tanto, al trabajador o trabajadora, no es una garantía constitucional que pone en el centro a quien trabaja para otro bajo subordinación, sino a aquel contratante libre, cuya libertad abarca solamente la de buscar trabajo.

La libertad de trabajo no es suficiente para proteger integralmente al trabajador y trabajadora, se requiere la protección del trabajo y al trabajador y las garantías que hacen efectiva esta protección.

El profesor Agustín Squella, voz autorizada y de corte reconocidamente liberal, sostiene que la libertad de trabajo "consiste en la facultad de elegir o aceptar cualquier trabajo que pueda ser de interés y renunciar a él. Comprende también la posibilidad de que el trabajador intervenga en la definición de los contenidos de su contrato (individual) de trabajo. Esta libertad incluye la de no ser obligado a ejercer o consentir un determinado trabajo y la de cambiar de trabajo. La libertad de trabajo ampara también la legítima posibilidad de no trabajar en lo absoluto."[25]

Por su parte, el profesor de derecho del trabajo, Pedro Irureta, refiriéndose a la libertad de trabajo y su protección, señala que estamos ante una "(g)arantía amplia y aplicable tanto a trabajadores dependientes como independientes, de corte liberal, que reafirma la idea de autonomía para realizar cualquier actividad productiva lícita, y que rehúye de la eventual consagración de derechos sociales."[26]

Irureta cree que el mero reconocimiento de la libertad de trabajo terminó excluyendo otro aspecto esencial de esta disciplina, la dimensión colectiva del derecho del trabajo, pues al centrar el reconocimiento en el simple ámbito individual de la libertad, se terminó recortando un conjunto de elementos que vinculan al trabajo con una dimensión más social desde el punto de vista de los derechos que se ejercen (derechos colectivos como la negociación colectiva, la huelga y el derecho a sindicarse) y en lo que respecta a la relevancia del trabajo en el entramado social. El autor finaliza la exposición de este punto reflexionando que, si bien la libertad en comento aparece como un derecho autónomo y no conexo con el derecho del trabajo, aquello no es óbice para que se realice un análisis sistemático de esta

[24] Ibid., pp. 109-110.
[25] Agustín Squella (2017), *Libertad,* Editorial UV de la Universidad de Valparaíso, p. 76.
[26] Pedro Irureta (2006), Constitución y orden público laboral. Un análisis del art. 19 N°16 de la Constitución chilena, Colección de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, N°9, pp. 47- 48.

libertad, en el entendido que existen otras disposiciones que directa o indirectamente se relaciona con ella y la dotan de contenido.[27] [28]

La situación actual, la creación de una nueva constitución que será redactada por una convención constitucional electa democráticamente y en igualdad de condiciones entre partidos políticos e independientes, y aprobada o rechazada mediante plebiscito de salida, es una situación histórica favorable a las y los trabajadores para, entre otras cosas, buscar que se garantice derechos que están ausentes en la Constitución de 1980 sin necesidad de acudir a fórmulas interpretativas que permitan ver, por ejemplo, en el reconocimiento constitucional de la libertad de trabajo el derecho al trabajo. Como organización sindical exigimos y esperamos que en la nueva constitución se reconozca el derecho al trabajo y condiciones de trabajo dignas.

En opinión de H. Nogueira el derecho fundamental a la libertad de trabajo incluye el derecho al trabajo. El autor construye esta idea en base al art. 5 inciso 2º de la CPR, el principio de buena fe, el principio de los actos propios y del art. 27 de la Convención de Viena, disposición de apertura al derecho internacional de los derechos humanos que ya revisamos a propósito de los Tratados Internacionales ratificados por Chile. Agrega que en virtud del preámbulo y art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) se puede sostener sin vacilar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, asegura garantiza y promueve tanto el derecho del trabajo como la libertad de trabajo con una justa retribución[29].

La opinión del profesor Nogueira es minoritaria, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia de los tribunales de justicia, por regla general, no ven en el artículo 19 N°16 inciso 1º de la Constitución la consagración del derecho al trabajo y la protección. De modo que es imperativo que la nueva constitución asegure el derecho al trabajo y su protección en los términos que propone esta Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines.

En opinión de M. Verdugo y E. Pfeffer, no es claro que se haya consagrado la protección al derecho al trabajo, argumentan basados en la historia del reconocimiento constitucional de tal derecho y señalan que el análisis del precepto es dificultoso porque el material contenido en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución no es muy ilustrativo y porque la proposición de dicha Comisión fue objeto de importantes modificaciones por el Consejo de Estado y por la Junta de Gobierno[30].

---

[27] Ibíd.

[28] H. Nogueira entiende que la norma en comento no se agota en su literalidad y en la voluntad de los redactores de la Constitución de 1980, sino que abarca otras obligaciones que el Estado de Chile ha tomado, especialmente en Tratados Internacionales de Derechos Humanos. No obstante, Nogueira es de la opinión que el derecho del trabajo en su dimensión individual está garantizado débilmente en nuestro ordenamiento jurídico, lo que a su parecer genera una pérdida de legitimación jurídica y política del orden constitucional, situación que debiera ser revertida en el futuro próximo desde la perspectiva del derecho a la igualdad de participación en la vida nacional y del deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales o fundamentales que emanan de la naturaleza humana según lo dispone el art. 5 inciso 2º de la Carta Fundamental. Nogueira, Op. cit.

[29] Nogueira, Op. cit., p. 400.

[30] Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, Derecho Constitucional, Vol 1, Editorial Jurídica, Santiago, 1999, pp. 286 y ss.

Cabe señalar que la *Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile*, conocida, también, como Comisión Ortúzar, fue un organismo establecido en 1973 por la autodenominada "Junta Militar de Gobierno" que rigió el país durante la dictadura civil y militar de Augusto Pinochet, que tuvo por finalidad preparar el anteproyecto de la Constitución de 1980[31]. La Comisión sesionó entre el 24 de septiembre de 1973 y el 5 de octubre de 1978. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, conocida como Comisión Ortúzar, estuvo compuesta por un grupo de abogados, integrada en su mayoría por hombres y conservadores, de clase social alta, que simpatizaron y/o apoyaron activamente la dictadura cívico- militar que asoló al país entre 1973 y 1990.

A pesar de lo que se dice usual y erradamente, la Comisión Ortúzar no fue una comisión constituyente ni redactó la Constitución de 1980, tampoco es válido como expresión de la voluntad del -ilegítimo -constituyente, sino que se limitó a elaborar un anteproyecto de nueva constitución, que posteriormente fue objeto de revisión por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, antes de ser formalmente sometido a la aprobación mediante un plebiscito que con fundamentos se califica de fraudulento. El plebiscito de 1980 resulta de un proceso de votación en el cual estuvo ausente el Tribunal Calificador de Elecciones y la Dirección de Registro Electoral, entre otras irregularidades[32].

No obstante lo anterior, es innegable la importancia que tuvo la discusión de la Comisión Ortúzar para el texto definitivo de la Constitución de 1980. Aunque varias de las propuestas de los comisionados no fueron acogidas por el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno, la mayor parte del texto de la Constitución fue analizado y comentado en la Comisión.

2.2. Titulares Protegidos por el art. 19 Nº 16 de la Constitución.

Nogueira indica que el titular de los derechos reconocidos en el precepto constitucional es toda persona sujeto de una relación laboral como también aquella que sea parte de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de la administración pública, así como los que trabajan de forma independiente[33].

Irureta, también considera que la redacción del número 16 del artículo 19 de la Constitución indica que no todas las personas son titulares de esas garantías y que tampoco esas garantías se extienden exclusivamente al trabajador dependiente por lo que analiza su titularidad de acuerdo a grupos de casos[34]. Subraya que ha habido acuerdo de parte del Constituyente como de la jurisprudencia en orden a sostener que la libertad de trabajo debe tener una

[31] Para conocer más información acerca de la Comisión Ortúzar, revisar enlace: https://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_Ort%C3%BAzar.

[32] Para conocer más información acerca del plebiscito de la Constitución de 1980, revisar columna de opinión "A 40 años del plebiscito de Pinochet", Claudio Fuentes, publicado en Ciper Académico, de 08/08/2020. Disponible en el enlace: https://www.ciperchile.cl/2020/08/08/a-40-anos-del-plebiscito-de-pinochet/.

[33] Nogueira, Op. cit., p. 400.

[34] Irureta, Op. cit., pp. 34 y ss.

aplicación amplia, referida tanto a trabajadores dependientes como independientes. Por lo cual la interpretación se hace extensiva a todo tipo de trabajo lícito, típico o atípico, permanente o temporal, independiente o subordinado, definido legalmente no. No obstante, reflexiona que una aplicación tan amplia del ámbito subjetivo del derecho desnaturaliza un carácter esencialmente laboral de la garantía, el autor señala que la redacción de la garantía en análisis se trata de las redacciones ancladas en visiones liberales, según la cual el derecho al trabajo no vincularía a los poderes públicos a un comportamiento activo, sino a una simple no intervención dirigida a no vulnerar la libertad de trabajo. No obstante, matiza la idea anterior por los derechos estrictamente laborales que consagra la misma norma tales como los derechos a negociar colectivamente y a ejercer los derechos de huelga que son predicables exclusivamente de los trabajadores dependientes, sin que sea admisible pretender extenderlo a sujetos que no mantienen vínculo laboral.

Sobre la titularidad del derecho en comento en cuanto a las personas jurídicas, Pedro Irureta señala que la jurisprudencia y doctrina han entendido que figuras contenidas en la norma constitucional tales como la libre elección, la libertad de contratación o la misma libertad de trabajo, se aplican indistintamente a personas sometidas a un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, cuya manifestación, entre otras, se encuentra en aquellas personas que desempeñan su trabajo a honorarios sin vínculo de subordinación. El problema que identifica es que las personas jurídicas como prestadoras de servicio no pueden estar sometidas a un vínculo de naturaleza laboral, porque la relación jurídica de trabajo parte de la hipótesis que el prestador siempre será una persona natural que obliga su corporeidad en la ejecución de sus obligaciones, por lo que la persona jurídica se comportará como prestadora de servicios regida por el Derecho común, como un empresario o empleador. Por lo que cabe preguntarse sobre la titularidad que tiene la persona jurídica para invocar la libertad de trabajo, en esto la jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la libertad de trabajo sólo es aplicable a las personas naturales o físicas pues la persona jurídica carecería de legitimación activa para reclamar eventuales atentados al ejercicio de esa libertad[35]. En este punto el autor considera que habría que aplicar a las personas jurídicas el derecho de libertad asociado al art. 19 Nº 21 sobre libertad de empresa porque de otra forma se desnaturalizaría los contornos de la figura del numeral 16 referido exclusivamente a garantizar el trabajo personal que se consagro para proteger y garantizar el trabajo personal.[36]

[35] Ibíd..

[36] Sobre los trabajadores públicos o de la administración del Estado Irureta considera que resulta mucho más adecuado explicarse jurídicamente la prestación de servicios derechos de los funcionarios a la luz del art. 19 Nº 17 CPR porque la norma del art. 19 Nº 16 no encuadra con la lógica del régimen laboral de los funcionarios públicos porque las relaciones de trabajo que se dan dentro de la administración se tiñen con una estructura publica constitucionalmente construida para servir los intereses generales y responsabilizarse de los servicios públicos, lo que no impide que en determinadas ocasiones se apliquen algunos principios generales del derecho del trabajo, pero tendrá que respetarse el estatuto legal básico de la función pública. Ibíd., pp.40-41.

2.3. La libre elección del trabajo y la libre contratación[37]

La norma constitucional vigente, señala:

"Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

16º 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."

Este derecho implica la facultad para decidir libremente si se accede, mantiene y termina una determinada actividad laboral. H. Nogueira señala que posibilita a la persona del trabajador elegir a su voluntad la actividad laboral o profesional que prefiera desempeñar, además de elegir el eventual cambio o cesación de la actividad laboral, todo ello conforme al jurídico[38]. En otras palabras, en la libre elección del trabajo se consagra la autodeterminación del individuo para decidir el acceso, el tránsito, y la permanencia en un trabajo específico, cuestión que incluye la libre decisión sobre el ingreso, el eventual desplazamiento y el término[39].

Irureta señala que la Constitución asegura a toda persona el derecho de optar sin coacción ni imposición de terceros o del Estado, por empleo o actividad productiva lícita que desee. Por consiguiente, si la persona elige una actividad determinada, nadie puede coartar su decisión, pero una vez elegida la actividad deberá someterse a la regulación que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para ella y como derecho, se entiende sin perjuicio de la imposición de requisitos necesarios para el desempeño de determinadas actividades, que deben ser generales y objetivos.

La servidumbre, el trabajo forzoso u obligatorio está proscrito en Chile en virtud del art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de los Convenios OIT Nros. 29 y 105. El Convenio Nº 29 de la OIT en su artículo 2 señala que trabajo forzoso u obligatorio es todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

No se considera como trabajo forzado u obligatorio la exigencia obligatoria del servicio militar mediante una ley, los servicios o trabajos que formen parte de obligaciones cívicas, el trabajo que se exige a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, que se realice bajo vigilancia y control de autoridades públicas siempre que el individuo no sea puesto a disposición de particulares, compañías personas jurídicas de

[37] Derechos Regulados en el Código del Trabajo.

[38] Nogueira, Op. cit., pp. 407 y ss. Así, los estadios en la libertad de elección son: (1) Derecho previo de opción, supone la existencia de empleos u oportunidades de trabajo, y; (2) reconocer que el individuo tiene libertad para ejercer su derecho de opción durante el desarrollo de la actividad o del vínculo contractual, pudiendo mantener, abandonar o cambiar la fuente laboral que desarrolla.

[39] Irureta, Op. cit., cita a Brague C, Joaquín, p. 60

carácter privado, cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor y los pequeños trabajos comunales.

El derecho a la libre contratación se alza como un derecho vinculado a la libertad de empresa o libre iniciativa económica asegurado por el art. 19 Nº 21 CPR que exige que el poder amplio de contratación se funde en criterios de objetividad y racionalidad. En las Actas Constitucionales el sentido de la norma es claro, se señala que "no hay duda alguna de que, dentro de la libertad de contratación, está fundamentalmente, la libertad de elegir colaboradores", así lo que impide la Constitución es un sistema generalizado de discriminación lo que no significa que el empleador no tenga la libertad para elegir aquellos que considere más adecuados para un trabajo determinado.

2.4. Justa Retribución

La Constitución vigente señala que toda persona tiene derecho a una justa retribución por el trabajo que desempeña.

En las actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se señala que la expresión "justa retribución" es una fórmula amplia y aplicable a cualquier modalidad de trabajo apta para configurarla, agregando que a lo menos debe ser suficiente para garantizar un bienestar acorde con la dignidad humana, tanto a la persona que presta el trabajo como a su familia[40].

No obstante, en la actualidad el sueldo mínimo mensual establecido por ley está lejos de ser justo y garantizar una vida digna, todo lo contrario. A noviembre de 2021 el ingreso mínimo mensual (IMM) es de $337.000 para las y los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad, y de $251.394 para los trabajadores menores de 18 años de edad y mayores de 65 años de edad.[41]

La Fundación Sol constata que en 2019 el 50,0% de los trabajadores gana menos de $401.000; el 66,6% de los trabajadores gana menos de $550.000; el 80,6% de los trabajadores gana menos de $800.000; y, sólo el 13,8% gana más de $1.000.0001. [42]

A su vez constata que la brecha salarial por género es alta, en efecto, el promedio de ingresos que perciben las mujeres equivale al 71,9% del ingreso percibido por los hombres[43].

---

[40] Actas Constitucionales, sesión Nº 199, p. 30. Se señala, también, que como las palabras de la ley suelen ser ambiguas y vagas, esta expresión busca cristalizar una cadena asociativa entre la autonomía y la compensación económica de los servicios prestados.

[41] LEY 21.360 que REAJUSTA EL MONTO DEL INGRESO MÍNIMO MENSUAL, ASÍ COMO LA ASIGNACIÓN FAMILIAR Y MATERNAL, Y EL SUBSIDIO FAMILIAR, Y OTORGA AYUDAS EXTRAORDINARIAS PARA LAS FAMILIAS EN CONTEXTO DEL COVID-19, Publicada en el D.O. el 12/07/2021.

[42] Gonzalo Durán y Marco Kremerman (2020), Los Verdaderos Sueldos de Chile, Documentos de Trabajo del Área de Salarios y Desigualdad Panorama actual del Valor de la Fuerza de Trabajo usando la Encuesta Suplementaria de Ingresos ESI (2019), Fundación Sol. Disponible en el enlace https://fundacionsol.cl/cl_luzit_herramientas/static/adjuntos/6700/VS2020(esi2019)-1.pdf

[43] Ibíd.

Los salarios en Chile no permiten salir de la pobreza, son irrisorios. En otras palabras, como da cuenta Fundación Sol, las y los trabajadores con empleo puede perfectamente ser pobres.

> «(S)i consideramos que, en noviembre de 2019, según el Ministerio de Desarrollo Social, la línea de la pobreza por ingresos en Chile para un hogar promedio de 4 personas, era 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 podrá sacar a un grupo familiar promedio de la pobreza y se hace obligatorio que al menos dos personas trabajen en el hogar.

Cuadro 18: Percentil de la distribución donde se alcanza la línea de pobreza familiar.

Grupo analizado	Hombre	Mujer	Total
Ocupados/as	49,2	61,9	**54,5**
Asalariados/as sector privado	48,3	59,7	**52,4**
Asalariados/as sector privado, jornada completa	46	55,2	**49,2**

> Específicamente, a partir de los datos presentados en el Cuadro 17 *(sobre prueba cruzada con estadísticas Superintendencia de Pensiones relativo a los sueldos de los cotizantes de las AFP)*, se puede concluir que el 54,5% del total de ocupados en Chile, no podrá sacar a una familia promedio de la pobreza (61,9% en el caso de las mujeres y 49,2% para los hombres). En el caso de los asalariados del sector privado, este porcentaje es de un 52,4% (59,7% para las mujeres y 48,3% en los hombres). Y finalmente, en el universo de los asalariados privados que trabajan jornada completa, el 49,2% se encuentra en esta situación (55,2% en el caso de las mujeres y 46% en los hombres), lo cual da cuenta de los elevados niveles de precariedad que existen en el mundo del trabajo.»[44]

Como es dable apreciar, el problema es grave y urgente.

No obstante, el problema de los salarios de miseria en Chile no se soluciona con un precepto constitucional. Por cierto, que aporta, pero es fundamental que junto con la fijación de un salario mínimo mensual acorde con la dignidad humana, el costo de la vida y otras variables socioeconómicas, se abra espacios a la autonomía colectiva para las y los trabajadores organizados, con el fin de que fijen, de acuerdo a su actividad, salarios mínimos sectoriales. De esto se sigue que la negociación por rama, sector, área o actividad económica sea condición necesaria para intentar alcanzar salarios justos que permitan la vida en dignidad para quien trabaja y su familia.

Lo que sucederá con la fijación de salarios mínimos, por regla general y por área o actividad económica, será que habrá dos pisos mínimos tutelados por el Estado, aquel mínimo establecido por el salario mínimo mensual que beneficiará a aquellos y aquellas trabajadoras que no estarán cubiertos por salarios mínimos según actividad económica y las y los que

[44] Ibíd.

estén cubiertos por salarios mínimos de su actividad o área, producto de la negociación colectiva por área.

Acertadamente señala Ugarte, Toledo y Marzi, en «sociedades tozudamente desiguales la negociación colectiva opera, al decir de Arendt, como un "derecho para obtener derechos" para un grupo especialmente desaventajado como son los trabajadores asalariados.»[45]

Lo anterior demuestra, una vez más, que los derechos fundamentales son interdependientes y dialogan entre sí. No es correcto parcelar el análisis de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales sobre el trabajo sin tener en cuenta aquellas que garantizarán otros derechos fundamentales.

Por otro lado, hay que recordar que la negociación interempresa y por empresa o establecimiento, también contribuye a mejorar los salarios de las y los trabajadores. De modo que en el Código del Trabajo urge la corrección de la negociación interempresa como mecanismo de negociación por sobre el nivel del empleador y depurar el procedimiento de negociación colectiva reglada en la empresa, de normas que transgreden la libertad sindical y autonomía sindical.

3. Derecho al Trabajo

3.1. Reconocimiento

Con cierto voluntarismo, Humberto Nogueira sostiene que en la Constitución Política se reconoce el derecho al trabajo[46]. Define el derecho al trabajo como el derecho de toda persona a realizar una actividad significativa, en la cual ejerce sus aptitudes, capacidades y creatividad, permitiéndole interactuar con las demás personas que integran su sociedad y que tiene una dimensión objetual, es decir, que para llevar a cabo el trabajo nos valemos de objetos[47].

No obstante lo anterior, como vimos, una de las más grandes dificultades de la Constitución yace en el no reconocimiento del derecho al trabajo.

3.2. Derecho al trabajo y trabajo decente

[45] José Luis Ugarte, César Toledo Corsi y Daniela Marzi Muñoz y (2021), El Trabajo en la Nueva Constitución, Plataforma Contexto+. p. 10.

[46] El autor define el trabajo como todas aquellas actividades que combinan creatividad, pensamiento analítico y conceptual y uso de habilidades y aptitudes manuales o físicas. Nogueira, citando a Elster, señala que para argumentar que un bien debe ser instituido como derecho es necesario demostrar dos cosas: que es posible hacerlo y que el bien que se trata de proteger es lo suficientemente importante como para que sea prioritario respecto a otros bienes que también pueden pugnar por convertirse en derechos. Y considera que la libertad de trabajo y el derecho del trabajo constituyen derechos fundamentales del ordenamiento jurídico chileno. Nogueira, Op.cit., p. 401.

[47] Ibíd.

El derecho al trabajo es el derecho fundamental humano por el que toda persona tiene el derecho al trabajo y su protección, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, sin discriminación, con igualdad salarial, remuneración digna, protección social y derecho de sindicación.

La Organización Internacional del Trabajo ha desarrollado el concepto de "Trabajo Decente" que ha inspirado a autores nacionales e internacionales a reivindicar un contenido holístico sobre el trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, hay quienes creen que una aspiración constitucional debiese avanzar más hacia un concepto de derecho al trabajo respaldada por la acción estatal y por la multiplicidad de manifestaciones de la libertad sindical que contribuyen a fortalecer el trabajo mismo.

El trabajo decente resume las aspiraciones de la gente durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración a la sociedad, libertad para que la gente exprese sus opiniones, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres[48].

Se podría decir que los contenidos del trabajo decente y del derecho al trabajo, es el desarrollo del principio protector en materia laboral, no podría ser de otra manera. Se ha dicho que «"(e)l derecho del trabajo es protector o carece de razón de ser"» [49]; que "el Derecho del Trabajo llega hasta donde se reconocen sus principios, fuera de ellos aquel no existe.", y se requiere una nueva constitución que encarne el derecho del trabajo y su razón de ser.[50]

En opinión de la Central Unitaria de Trabajadores, "(l)a Nueva Constitución representa una oportunidad de constitucionalizar el concepto de Trabajo Decente, que tan bien ha inspirado los debates en el mundo del trabajo en una época particularmente difícil. La tarea de reconocer el enorme valor que tiene el trabajo decente posibilitará la construcción de una sociedad armónica, con cohesión social y sana convivencia democrática."[51].

Respecto de lo anterior, esta Confederación es de la opinión que el derecho al trabajo y su protección debe estar reconocido en términos robustos en la nueva constitución, idea que en estricto rigor no equivale a consagrar *el trabajo decente* en la Constitución. Lo que realmente importa es la consagración de un contenido del derecho al trabajo que proteja al trabajo propiamente tal y condiciones de trabajo que sean dignas, siendo irrelevante si el contenido del derecho coincide en plenitud con las garantías que componen el *trabajo decente* de la OIT.

[48] Ver Central Unitaria de Trabajadores (2021), Propuesta constitucional del mundo sindical: Un nuevo Chile desde las múltiples dimensiones del Trabajo Decente.
[49] Ugarte, José Luis (2014). Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica, Legal Publishing, p. 21
[50] Ibíd., p. 22.
[51] Ibíd.

A su vez, cobra importancia reconocer el trabajo invisibilizado que realiza por regla general, el género femenino, aquel trabajo no remunerado realizado principalmente por mujeres, trabajos de cuidados que son de vital importancia para las sociedades capitalistas.

Sobre el trabajo invisibilizado de la mujer, Silvia Federici señala:

> «Partiendo de nuestra situación como mujeres, sabemos que la jornada laboral que efectuamos para el capital no se traduce necesariamente en un cheque, que no empieza ni termina en las puertas de la fábrica, y así redescubrimos la naturaleza y la extensión del trabajo doméstico en sí mismo. Porque tan pronto como levantamos la mirada de los calcetines que remendamos y de las comidas que preparamos, observamos que, aunque no se traduce en un salario para nosotras, producimos ni más ni menos que el producto más precioso que puede aparecer en el mercado capitalista: la fuerza de trabajo. El trabajo doméstico es mucho más que la limpieza de la casa. Es servir a los que ganan el salario, física, emocional y sexualmente, tenerlos listos para el trabajo día tras día. Es la crianza y cuidado de nuestros hijos -los futuros trabajadores-, cuidándoles desde el día de su nacimiento y durante sus años escolares, asegurándonos de que ellos también actúen de la manera que se espera bajo el capitalismo. Esto significa que tras cada fábrica, tras cada escuela, oficina o mina se encuentra oculto el trabajo de millones de mujeres que han consumido su vida, su trabajo, produciendo fuerza de trabajo que se emplea en esas fábricas, escuelas, oficinas o minas.»[52]

La cuestión central en este punto, "no es si habrá trabajo, sino qué tipo de trabajo habrá, para quién y en qué condiciones, y cómo protegemos a los y las trabajadoras." [53], de manera que la Constitución debe centrarse en la protección del trabajo humano, de las condiciones de empleo de las y los trabajadores, junto con una formación técnica y profesional permanente, incluida la protección ante el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo. Será la ley la que desarrolle este último mandato constitucional, si es que se garantiza, asegurando, a su vez, formación y capacitación de calidad.

La propuesta de contenidos constitucionales de esta Confederación incorpora una visión integral del trabajo humano y necesario reconocimiento en sus diferentes dimensiones, que incluye relevar la importancia del trabajo desde el preámbulo de la nueva constitución, cuyo texto es el siguiente:

> *Importancia del trabajo:*
> *"La Constitución reconoce como principio constitutivo del Estado, el valor del trabajo y su protección, la igualdad y no discriminación, y la igual valoración social del trabajo asalariado, no asalariado, productivo, reproductivo y de cuidados".*

[52] Silvia Federici (2018). El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo. Traficantes de sueños, Madrid, p. 30.
[53] Central Unitaria de Trabajadores (2021), Op. cit.

3.3. Derecho al trabajo en los Tratados internacionales de Derechos Humanos

Cobra relevancia revisar y relevar los compromisos internacionales de carácter obligatorio que adoptó libre y soberanamente el Estado chileno, especialmente las normas contenidas en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, sobre los derechos relativos al trabajo, en su dimensión individual y colectiva, pues son, y seguirán siendo, parte del ordenamiento jurídico chileno, y posiblemente una orientación en cuanto a los nuevos contenidos constitucionales.

a) **Declaración Universal de Derechos Humanos,** art. 23:

Artículo 23.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

b) **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**

Artículo 6.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Artículo 7.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

c) **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Artículo 8.

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.

iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

d) **Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.**

Artículo 11.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;

c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;

d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;

e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;

b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;

c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente

mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

e) **Convención Sobre los Derechos del Niño**.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

f) **Convención Contra la Discriminación Racial**. Art. 5.

Artículo 5.

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;

ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;

g) **Convenios OIT ratificados por Chile.**

Chile desde 1925 ha ratificado cuarenta Convenios de la OIT. Los Convenios Nº 87 Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Trabajo, Nº 98 Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva y el Convenio Nº 151 Sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública han sido algunos de los Convenios más relevados por la doctrina del Derecho del Trabajo ya que existe cierto consenso en que no existe un correlato entre estos Convenios a los que se ha obligado el Estado chileno y la normativa legal y estatutaria nacional.

Otro Convenio OIT ratificado por Chile que es de relevancia para nuestro país, o debiera serlo, es el Convenio OIT Nº 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación, por la gran incidencia que la discriminación tiene en las relaciones laborales.

La oportunidad que entrega la confección y deliberación de la nueva constitución es, precisamente, otorgar valor jurídico vinculante a los tratados internacionales de derechos humanos que versan, también, sobre trabajo y su protección. La nueva constitución deberá ser respetuosa y coherente con los compromisos internacionales sobre derechos humanos, a los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, a pronunciamientos y jurisprudencia de los organismos autoritativos que velan por el cumplimiento de tratados y convenios sobre el trabajo, tales como, por ejemplo, la institucionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) encargada de velar por el cumplimiento de cada estado o nación de los acuerdos comprometidos, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y los órganos de control de la OIT como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (CLS) [54].

Es menester indicar que, de cara a normas internas más favorables de un país que Convenios de la OIT, o algunas de sus normas, ceden ante normas internas más favorables. La Constitución de la OIT establece en su artículo 19 N°8:

> "EFECTOS DE LOS CONVENIOS Y RECOMENDACIONES SOBRE DISPOSICIONES QUE ESTABLEZCAN CONDICIONES MÁS FAVORABLES
>
> 8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación."

[54] La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, es un organismo independiente conformado por expertos. Su misión es examinar la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT por los Estados Miembros de esta Organización
El Comité de Libertad Sindical de la OIT es un organismo tripartito. Cuya misión es el examen de las quejas por violación de la libertad sindical que desearan presentar tanto los gobiernos como las organizaciones de empleadores o de trabajadores

h) Declaraciones de Derechos Humanos

Si bien no todas las declaraciones internacionales equivalen a tratados internacionales propiamente tal, pues algunos de estos instrumentos no han sido suscritos y ratificados por Chile conforme a la Constitución Política[55], o porque el organismo que realiza la declaración no ha requerido la aprobación de sus estados miembros y/o no le ha otorgado tal carácter[56], lo cierto es que las declaraciones de Filadelfia de 1944 OIT y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, son relevantes jurídicamente para el Estado chileno ya que, al incorporarse y ser parte de la OIT, así como ser parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, respectivamente, hizo suyos los compromisos y motivaciones que inspiran la creación y constitución de declaraciones y organismos que buscan velar por los derechos de la persona humana.

En efecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reza:

> *Derecho al trabajo y a una justa retribución.*
>
> *Artículo XIV. Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.*

---

[55] En nuestro régimen hiperpresidencialista, la Constitución otorga al presidente de la república la facultad exclusiva y excluyente de "(…) concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 Nº 1º. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere;" (Art. 32 N°15)

[56] En efecto, la OIT en el artículo 19 de su Constitución, establece: "1. Cuando la Conferencia se pronuncie a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones han de revestir la forma: a) de un convenio internacional, o b) de una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio."
Ciertamente para la OIT sólo tiene carácter de instrumento internacional aquel Convenio que debe ratificarse por el estado miembro, mas no las Recomendaciones. En efecto, el artículo 19 N°5 de la Constitución de la OIT, establece:
"OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS EN CUANTO A LOS CONVENIOS
5. En el caso de un convenio:
(…)
(b) cada uno de los Miembros se obliga a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas;
(…)
(d) si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio;
(e) si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, (…)".

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Derecho al descanso y a su aprovechamiento.

Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico.

Derecho a la seguridad social.

Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Derecho de asociación. Artículo XXII. Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

Siendo Chile parte de la OIT desde 1919, en mayo de 1944 los Estados parte adoptan la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo o Declaración de Filadelfia, la cual señala:

I. La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes:

(a) el trabajo no es una mercancía;

(b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;

(c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;

(d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

II. La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que:

(a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;

(…)

III. La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:

(a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida;

(b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común;

(c) conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos;

(d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección;

(e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas;

(f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa;

(g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;

(h) proteger a la infancia y a la maternidad;

(i) suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;

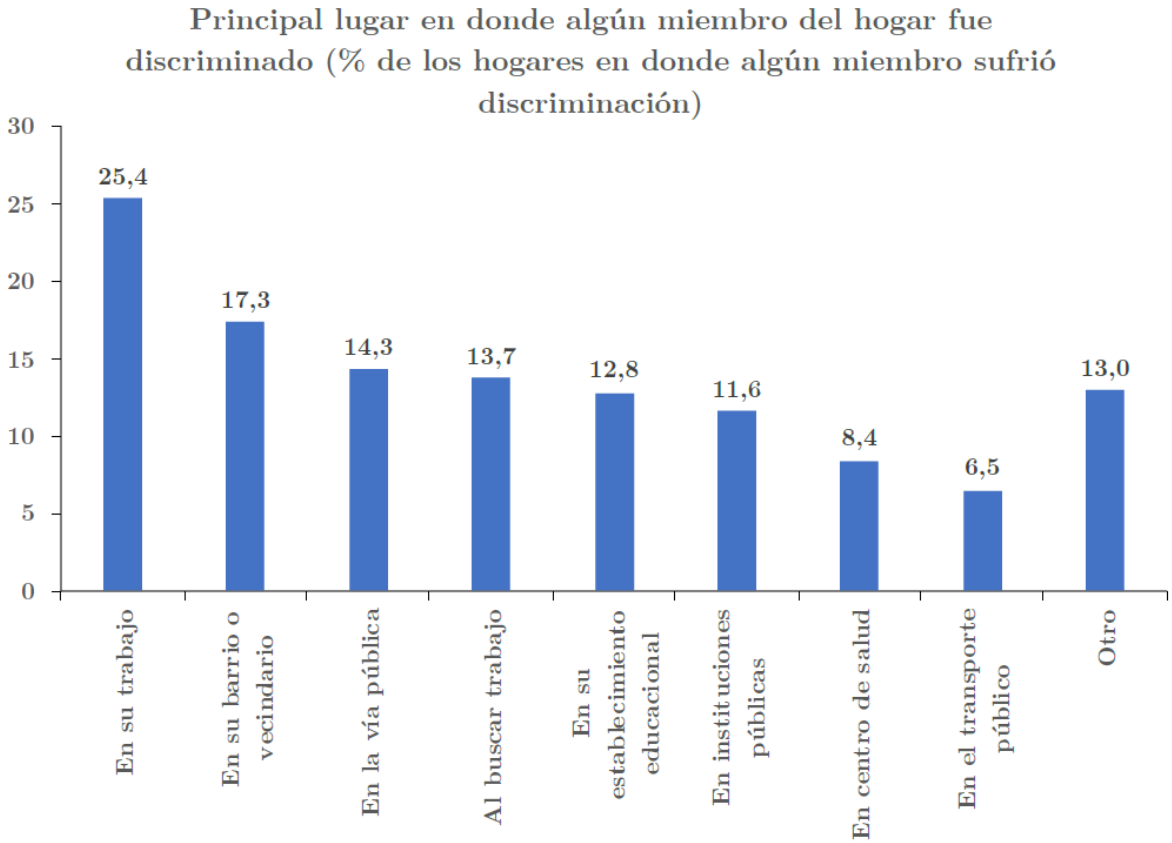
(j) garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

4. Derecho a la igualdad y no Discriminación

Como señalan los profesores Ugarte, Toledo y Marzi, “el derecho a no ser discriminado por circunstancias inherentes a la persona encuentra en el trabajo uno de los ámbitos más fértiles ya que desde el momento en que se selecciona a un trabajador o trabajadora se están aplicando criterios de distinción para determinar quién accederá a la posición de trabajador,

que en nuestra sociedad define las posibilidades de acceso a otros derechos sociales y condiciona una especial forma de ciudadanía."[57]

La discriminación en sociedades como la nuestra es preponderante y en nuestro país se encuentra aún más presente. El economista Juan Bravo[58], advierte que de acuerdo a la Encuesta CASEN 2017 el 15,4% de los hogares declaró que algún miembro del hogar fue tratado injustamente o discriminado fuera del hogar en el último año. Al indicar el principal lugar donde algún miembro del hogar fue discriminado el porcentaje mayoritario de las menciones recae "en su trabajo". Así, uno de cada cuatro hogares en donde algún miembro fue discriminado declara que el hecho ocurrió en su trabajo. A su vez, en el 13,7% de los casos dicha discriminación ocurrió al buscar trabajo. Así entonces, la discriminación en el ámbito del trabajo se sitúa como una de las más importantes en Chile y, por tanto, se hace necesario proteger el derecho a la igualdad y no discriminación de la persona que busca empleo, desde la misma selección del trabajador o trabajadora.



[57] Ugarte, Toledo y Marzi, Op. cit.

[58] Juan Bravo (2021), DOCUMENTO DE TRABAJO Nº1. Trabajo y nueva Constitución: antecedentes y propuestas para el debate, Observatorio del Contexto Económico (OCEC) UDP.

En atención a lo expresado, como propone Ugarte, Toledo y Marzi[59], el derecho a la no discriminación debe garantizarse en todas las etapas de la relación de trabajo, incluida aquella etapa precontractual de selección de trabajadores. Esta protección se ve reflejada en nuestra propuesta constitucional, la cual contempla la protección del derecho a la no discriminación antes, durante y después de la relación laboral.

4.1. Derecho a la igualdad y no discriminación en la Constitución Política de 1980

La Constitución prohíbe la discriminación en el ámbito del trabajo, autorizando como excepciones aquellas que se funden en la capacidad e idoneidad de quien trabaja, además de la edad y nacionalidad, en casos regulados específicamente en la ley

La Constitución prescribe:

"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." (Artículo 19 N°16 inciso 3°).

Pedro Irureta señala que el inciso citado es una de las manifestaciones de la importancia que la Constitución le otorga al principio general de igualdad y no discriminación.

La arbitrariedad nace de distinciones injustificadas y sin fundamento, mientras que las diferencias fundadas en criterios de racionalidad y que se apliquen respecto de todos los que estén en una situación excepcional, no pueden ser tachadas de arbitrarias[60].

A propósito de la acción de protección de garantías constitucionales[61], cabe señalar que protege el derecho a la igualdad contemplado en el artículo 19 N°2 de la Constitución, mas no protege de modo expreso la norma contenida en el Artículo 19 N°16 inciso 3°, citado en párrafos anteriores.

La jurisprudencia de las cortes superiores de justicia relativas a la protección de derechos a través del recurso de protección, así como la doctrina constitucional, ha desarrollado una

[59] Ugarte, Toledo y Marzi. Op. Cit.
[60] Irureta. Op. Cit., p. 73, cita a Evans de la Cuadra, Los Derechos Constitucionales, Tomo II, p. 15.
[61] El artículo 20 de la Constitucional dispone:
"El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º,12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.
Procederá, también, el recurso de protección en el caso del Nº8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada."

concepción del derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo, que asocia la infracción al derecho a la igualdad y no discriminación a aquellos tratos injustificados que resulten arbitrarios por falta de racionalidad o mero capricho del empleador, trato que puede o no puede estar basado en criterios sospechosos o prohibidos asociados a categorías prohibidas o sospechosas, cuya medida de comparación se hace en relación a personas que se encuentran en similares circunstancias..

Especialmente importante para el desarrollo de la idea de igualdad y no discriminación en sede constitucional es la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia recaída en casos donde trabajadores y trabajadoras del sector público recurren de protección contra el empleador estatal, por cuanto han sufrido despidos arbitrarios, con el objetivo de ser reincorporados a sus empleos, alegando la vulneración del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 19 N°2 de la Constitución.

La jurisprudencia ha establecido el principio según el cual el ente Administrador en su actuar debe ser igualitario en el trato respecto de todas las personas que se encuentren en similares circunstancias. A modo de ejemplo, podemos citar una sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema, que dispuso lo siguiente:

"[…] El artículo 19 Nº 2, de la Constitución Política, ***que se traduce desde la perspectiva del administrador en que su actuar debe ser igualitario en el trato respecto de todas las personas que se encuentren en la mismas circunstancias, y que no puede imponer obligaciones o otorgar privilegios a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en similar situación deben ser iguales****, razón por la cual forzoso es concluir que la recurrida al actuar como lo ha hecho ha vulnerado estas garantías* ***ya que al emitir un acto ilegal que se trata de hacer efectivo en relación a la recurrente se configura una situación de discriminación*** *en cuanto al trato en relación a los demás funcionarios respecto de los cuales el municipio debe ajustar su actuar conforme al derecho"*[62].

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que *"(…)* ***la acción de la recurrida afectó la garantía constitucional de igualdad y no discriminación arbitraria consagrada en el artículo 19 Nº 2 de nuestra Carta Fundamental, desde que no se divisa en la especie, la razón de un tratamiento distinto en el caso del actor, que ha sido excluido de la administración municipal****"*[63].

Así, el derecho y principio a la igualdad y no discriminación en la Constitución vigente es abierto y no abarca -solamente- las diferenciaciones hechas con base en criterios de discriminación prohibidos, sino que, incluye las diferencias arbitrarias que carecen de razonabilidad, cuyo análisis de eventual vulneración del derecho radica en examinar el trato diferenciado entre quienes son iguales jurídicamente, entre aquellos/as que están en la misma posición ante el derecho.

[62] Excma. Corte Suprema, Sentencia Rol N° 140-2008, de 24 de marzo de 2008. *"Morelia Espinoza Contreras con Municipalidad de Temuco"*. Considerando 14°.
[63] Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2465-2013, Considerando Décimo Quinto.

Derecho a la no discriminación en el Código del Trabajo

En el ámbito laboral la no discriminación constituye uno de los temas más relevantes del moderno Derecho del Trabajo, de forma que resultaría imposible configurar una libertad tan amplia sin que, a la vez, existan normas que resguarden efectivamente la prohibición de arbitrariedad en el acceso y desempeño del trabajo.

El artículo 5° del Código del Trabajo establece:

> "**El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores**, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.
>
> Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.
>
> Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente."

El principio de igualdad y no discriminación se debe analizar en el contexto del trabajo, esto es, en una situación donde el poder de mando y el sometimiento a ese poder se encuentra jurídicamente validado y legitimado.

No obstante, se debe tener claridad en que el empleador goza de facultades directivas, administrativas y organizativos que lo facultan para tomar ciertas decisiones que eventualmente pueden generar distinciones legítimas. El artículo 306 inciso 4° del Código del Trabajo preceptúa: *"No serán objeto de la negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma."*

En relación al derecho a la no discriminación, el artículo 2° del Código del Trabajo señala:

> "(…)
>
> Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.
>
> Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.
>
> Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.
>
> Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

> Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.
>
> Ningún empleador podrá condicionar la contratación de un trabajador o trabajadora, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al hecho de no padecer o no haber padecido cáncer, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno.
>
> Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren."

Mención especial merece la proscripción de actos discriminatorios en los casos de las mujeres embarazadas contenido en el artículo 194 inciso final del Código del Trabajo, el cual señala que ningún empleador puede condicionar la contratación, permanencia o renovación de contrato, promoción o movilidad en el empleo de las trabajadoras, a la ausencia o existencia de embarazo.

Para José Luis Ugarte, la concepción correcta del derecho a la no discriminación en materia laboral se construye en base a una distinción que afecta a personas que pertenecen a un colectivo determinado[64], como puede ser distinciones por sexo, raza, orientación sexual, entre otros, conocidos como criterios sospechosos o prohibidos de discriminación. De este modo, "la discriminación laboral no corresponde a la diferencia de trato laboral injustificada, sino a la concurrencia como condiciones necesarias y suficientes de los siguientes elementos: primero, un trato laboral diferenciado entre iguales; y, segundo, que dicho trato se funde en un criterio sospechoso o prohibido."[65]. Esa discriminación, será reprochable jurídicamente cuando no exista una justificación proporcionada que legitime esa diferencia, en otras palabras, "no toda diferenciación de trato empresarial comporta lógicamente discriminación ilícita"[66].

4.2. Derecho a la igualdad y no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Además de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación en instrumentos internacionales, revisados en el acápite "3.3. 3.3. Derecho al trabajo en los Tratados

[64] José Luis Ugarte (2018), Derechos fundamentales, tutela y trabajo, Legal Publishing, Santiago. p. 146
[65] Ibíd.
[66] Ibíd. pp. 146-147.

internacionales de Derechos Humanos" de este documento, vale destacar algunos puntos específicos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, que sobre el principio de igualdad "(…) descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional", reconociéndolo como norma *ius cogens*, es decir con carácter imperativo y sin posibilidad de admisión de disposición en contrario, y de carácter *erga omnes,* a saber, como norma que se irradia hacia todas y cada una de las actuaciones del Estado, generando efectos con respecto a terceros, inclusive hacia particulares[67].

En la misma línea, en el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos sostiene que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. "Así, el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado Parte de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."[68]

El Comité de Derechos Humanos ha establecido que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

> *"(D)ebe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*
>
> *8. Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. (…)"*[69]

El Convenio OIT N° 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), ratificado por Chile, establece:

---

[67] Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003. Opinión Consultiva OC-18/03 párrafo 101.
[68] Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 18, sobre No Discriminación, párr. 1
[69] Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 18, sobre No Discriminación, párr. 7 y 8.

"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 anular 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.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Artículo 3

Todo Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor se obliga por métodos adaptados a las circunstancias y a las prácticas nacionales, a:

(a) tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política;

(b) promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política;

(c) derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política;

(d) llevar a cabo dicha política en lo que concierne a los empleos sometidos al control directo de una autoridad nacional;

(e) asegurar la aplicación de esta política en las actividades de orientación profesional, de formación profesional y de colocación que dependan de una autoridad nacional;

(f) indicar en su memoria anual sobre la aplicación de este Convenio las medidas adoptadas para llevar a cabo esa política y los resultados obtenidos.

Artículo 4

No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional."

4.3. Reflexiones dirigentes sindicales

En los talleres llevados a cabo, se discutió sobre el contenido del derecho al trabajo y sus garantías. Las y los participantes reflexionaron que debiera garantizar los siguientes aspectos:

- Reconocimiento del igual valor del trabajo remunerado y no remunerado, productivo y reproductivo, con especial reconocimiento del trabajo de cuidados que realizan mayoritariamente a las mujeres

- Garantizar los principios del derecho del trabajo, el más importante: principio de protección al trabajo.

- Garantías como las vistas en los TIDH, entre ellas, el derecho a un salario digno, a condiciones de trabajo adecuadas para la vida, salud y seguridad de las y los trabajadores, prohibición del trabajo esclavo, prohibición del trabajo infantil.

- Rol activo del Estado en la protección al trabajo.

- Se requiere un acceso a la justicia laboral especializada, expedita y eficaz.

- Garantizar formación, educación y capacitación continua, junto con la reconversión y protección del trabajo ante los cambios tecnológicos que afectan el empleo de las y los trabajadores, incluida la protección ante el fin de trabajos que serán ejecutados mediante algoritmos y automatización en general.

- Derecho a la no discriminación en el trabajo, con especial enfoque en la discriminación de género.

- Respeto al principio y derecho a la igualdad y no discriminación[70]. Garantizar trato igualitario y justo entre trabajadores, con especial mención a la igualdad salarial entre géneros.

- Reconocer la importancia del aporte de tratados internacionales de derechos humanos de organismos autoritativos que han desarrollado el contenido del derecho en comento, como,

[70] Algunas categorías sospechosas de discriminación de especial importancia en la realidad chilena: de género, sexo, condición o clase social, nacionalidad, fenotipo.

por ejemplo, observaciones generales del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto a derechos; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Convenios OIT y sus organismos de control.

5. Propuestas de redacción normas constitucionales sobre el derecho al trabajo e igualdad y no discriminación

Se propone el siguiente texto:

> "El derecho al trabajo y su protección. El Estado debe promover las condiciones que hagan efectivo este derecho.
>
> El derecho a elegir libremente su trabajo, el derecho a la protección contra el desempleo, el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo, desde su ingreso hasta el término de la relación de trabajo, el derecho a condiciones de trabajo acordes con la dignidad humana, el derecho a descansar y al disfrute del tiempo libre, el derecho a la limitación razonable de las horas de trabajo, el derecho a desconexión, el derecho a un salario justo y suficiente que asegure al trabajador o trabajadora y a su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y el derecho a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.
>
> El derecho a la estabilidad en el empleo. Nadie podrá ser despedida o despedido de su trabajo sin una razón legítima.
>
> Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida y nadie puede ser obligado a un trabajo determinado, salvo en el marco de un interés público valioso, proporcional, general e igual para todas las personas en la misma condición.
>
> Se prohíbe el trabajo forzoso y la trata de personas.
>
> Se prohíbe el trabajo infantil, salvo circunstancias excepcionales establecidas en la ley que respeten el principio de protección del interés superior del niño, niña o adolescente.
>
> El salario mínimo fijado por la ley, o en la forma que ésta determine, deberá ser reajustada periódicamente de acuerdo a las variaciones experimentadas por el costo de la vida.
>
> El derecho a la la igualdad y no discriminación salarial y de condiciones de trabajo. El Estado adoptará medidas correctivas de toda índole contra la discriminación directa e indirecta, de iure o de facto, que permitan hacer efectivo este derecho.
>
> El derecho de las y los trabajadores a una justicia especializada, expedita y eficaz, y el cobro oportuno de sus créditos laborales.

El Estado deberá asegurar una institucionalidad que proporcione protección eficaz a las y los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

El Estado promoverá el acceso al empleo, a un nivel de empleo lo más estable y alto posible, al desarrollo vocacional y la permanente educación y formación técnica y cultural, capacitación y especialización de las y los trabajadores.

El Estado protegerá el empleo humano ante el impacto de las nuevas tecnologías en el trabajo y su transformación, privilegiando la reconversión del trabajo.

El Estado promoverá la igualdad y equidad de género en la participación en el trabajo, corresponsabilidad parental, protección de la maternidad e igualdad salarial."

IV.- LIBERTAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS DE LAS Y LOS TRABAJADORES

Según las cifras oficiales entregadas por el Gobierno los niveles de sindicalización en el país son de un 20,6% versus un 30% promedio OCDE (aunque hay países con un 92% como Islandia, 71,7 Dinamarca y 71,7% Suecia). Juan Bravo señala, que las cifras anteriores explican el bajo impacto del sindicalismo y negociación colectiva en el mejoramiento de las condiciones laborales y salariales, así como un mínimo de cobertura (318.358 sobre 9 millones de trabajadores y trabajadoras del país). [71] No obstante, debemos tener en cuenta que en nuestro país se negocia colectivamente al interior de la empresa, a diferencia de las realidades comparadas de los países que integran la OCDE que se negocia, también, por sobre el nivel de empresa, y la cobertura de la negociación colectiva beneficia a trabajadores que no se encuentran sindicalizados, nos referimos a aquello que se denomina eficacia *erga omnes*.

La encuesta laboral de la Dirección del Trabajo señala:

> «Los registros administrativos de la Dirección del Trabajo indican que la población afiliada a sindicatos de trabajadores dependientes ha aumentado de manera sostenida a contar de 2001. Entre 2001 y 2018 se ha verificado un alza del 124,2%, pasando desde 466.138 a 1.045.300 personas (Dirección del Trabajo, 2020a). Este fenómeno ha ido acompañado del incremento de la tasa de sindicalización49 que pasó de 14,6% en 2001 a 20,6% en 2018, impulsado fundamentalmente por la mayor sindicalización femenina.
>
> Al igual que la fuerza de trabajo asalariada del sector privado, la población sindicalizada se distribuye desigualmente según sexo. En 2018 el 57,8% de los

[71] Juan Bravo. Op. cit.

afiliados a los sindicatos de trabajadores dependientes eran hombres, en tanto que el 42,2% eran mujeres (Dirección del Trabajo, 2020b).»[72]

Mientras que en 2019 la proporción de empresas con sindicato alcanzó al 6,3%[73]

1. Derechos colectivos de las y los trabajadores

Como categoría doctrinaria, los derechos colectivos de las y los trabajadores son aquellos que conforman y hacen posible el principio de la libertad sindical, aquellos derechos propiamente laborales que se ejercen colectivamente[74]. Usualmente se identifica a estos últimos a través de la tríada de los derechos a sindicación, negociación colectiva y huelga, incluida la libertad sindical como un derecho fundamental.

1.1. Derechos colectivos de las y los trabajadores en los Tratados internacionales de Derechos Humanos.

Cobra relevancia revisar y relevar los compromisos internacionales de carácter obligatorio que adoptó libre y soberanamente el Estado chileno, especialmente las normas contenidas en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, puesto que son, y seguirán siendo, parte del ordenamiento jurídico nacional.

En nuestro país las fuentes de mayor jerarquía que reconocen el derecho a la libertad sindical son la Constitución Política y los Convenios OIT N°s. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificados por el estado chileno, y 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.

a) Convenio OIT N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación:

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

---

[72] Dirección del Trabajo. ENCLA 2019, Informe de Resultados Novena Encuesta Laboral, p. 157

[73] Ibíd. p. 148.

[74] Siguiendo esta orientación, no son derechos colectivos de las y los trabajadores, la libertad de asociación, libertad de expresión u otros derechos cuyo ejercicio se desenvuelve, también, fuera del marco del trabajo cuyos titulares pueden ser o no ser trabajadores y trabajadoras asalariadas.

Artículo 4
Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Artículo 5
Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Artículo 6
Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores.

Artículo 7
La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio

Artículo 8
1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

Artículo 9
1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio.

2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio.

Artículo 11
Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

b) Convenio OIT N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificados por el estado chileno:

Artículo 1
1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

(a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

(b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

Artículo 2
1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.

Artículo 3
Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

Artículo 4
Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Artículo 5
1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.

2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescritas en este Convenio.

c) Convenio OIT N° 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública:

Artículo 4
1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

(a) sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;

(b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.

Artículo 5
1. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.

2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

3. Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública.

Artículo 6
1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

3. La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el artículo 7 del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado.

Artículo 7
Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Artículo 8
La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

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

d) Declaración Universal de Derechos Humanos:
Artículo 23.
(…)
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en

interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

f) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

g) Convención Contra la Discriminación Racial:

Artículo 5.

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria;

ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse;

1.2. Historia Constitucional de los derechos colectivos de las y los trabajadores

En la siguiente tabla se aprecia que existió un avance en la protección de los derechos colectivos de los trabajadores y trabajadores en armonía con la dignidad humana. Grafica, también, el sino evolutivo que se hubiera profundizado con la eventual aprobación mediante plebiscito de la propuesta de nueva constitución del gobierno de la Unidad Popular, que habría sido plebiscitada en septiembre de 1973, pero que por motivos por todos y todas conocidos, no pudo ser votada.

Constitución vigente de 1980	**Constitución de 1925 original[75]**	**Constitución de 1925 (modificada en 1970)[76]**	**Propuesta de Nueva Constitución del Gobierno de la Unidad Popular[77]:**
Régimen político: dictadura	Régimen político: democracia	Régimen político: democracia	Régimen político: democracia
Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 16°.- (…) 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	No existe reconocimiento de los derechos colectivos en el catálogo de derechos fundamentales y garantías constitucionales.	ART. 10.-La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: "14° (…) 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.	**Participación** Los derechos de los trabajadores los garantizan los propios trabajadores a través de su participación en todos los organismos de decisión. Los trabajadores participan en la conducción de sus centros de trabajo, en la forma y condiciones que determine la Ley. Los trabajadores participan dentro de las empresas y centros de trabajo en la elaboración de los planes de

[75] Constitución Política de la República de Chile promulgada el 19 de septiembre de 1925. Edición Oficial disponible en: https://www.bcn.cl/historiapolitica/constituciones/detalle_constitucion?handle=10221.1/17659
[76] Regulación de diciembre 1970, reformada a través del Estatuto de Garantías, Ley N°17.398 modifica la Constitución Política del Estado, publicada en el D.O. en diciembre de 1970.
[77] El proyecto de Nueva Constitución del gobierno de la unidad popular habría sido sometido a plebiscito en el mes de septiembre de 1973, de modo que la norma transcrita no rigió.

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;" Última modificación: 2005. "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		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.	producción y servicios, y organizan la discusión permanente en torno a sus metas. **Organización sindical** Los sindicatos son el organismo de expresión laboral de los trabajadores. Todos los trabajadores tienen derecho a sindicalizarse sin autorización previa. Los sindicatos son independientes y tienen derecho a redactar sus estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes, organizar su administración y formular su programa de acción. Todas las directivas sindicales serán elegidas en votación secreta, directa y proporcional. Los sindicatos se entienden legalmente constituidos y gozan de personalidad jurídica por la sola inscripción del acta de constitución y de su estatuto, en la forma y condiciones que determine la Ley. La Central Única de Trabajadores (CUT) es la estructura superior de la organización sindical chilena y, juntamente con los sindicatos de base y sus estructuras intermedias, es la organización de clase de los trabajadores de Chile. Los congresos de la CUT determinarán la estructura general del movimiento sindical. La generación de los congresos de la CUT y de su directiva será democrática, por votación secreta, directa y proporcional por sector, rama

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;" Última modificación: 1989.			o empresa de todos los trabajadores sindicalizados. Corresponde a la CUT y a las estructuras sindicales, en sus distintos niveles, la representación general de los trabajadores del país, de la rama o de la unidad de producción o de servicio, y la responsabilidad en la incorporación plena de los trabajadores a la construcción de la sociedad socialista mediante una integral participación en el Estado, la economía y en todos los aspectos de la vida social y cultural. Los sindicatos participan, según disponga la Ley, en los organismos básicos o intermedios de la estructura política y administrativa del Estado. Los sindicatos tienen derecho a convenir con los organismos estatales, direcciones de empresa y otras estructuras de producción y servicios, convenios colectivos referentes a condiciones de trabajo y vida de los trabajadores.

2. Libertad sindical

El derecho a la libertad sindical comprende la facultad de constituir sindicatos, así como la tutela y promoción de la actividad sindical, a fin de hacer una efectiva defensa de los intereses representados por la organización, implica el reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, de la importancia del diálogo y de la necesidad de convergencia entre los actores sociales. En efecto, la divergencia de intereses entre empresarios y trabajadores se centra en la base de cualquier sistema de derecho colectivo, ya que las expectativas

legítimas de empresarios y trabajadores inevitablemente entraran en conflicto[78]. Estamos ante una garantía constitucional que posee un carácter de derecho de actividad que incluye el derecho al ejercicio de las funciones sindicales y no solamente al derecho de asociación y de constitución, sino que la actividad colectiva propiamente tal [79].

Se define la libertad sindical como,

> El «"Derecho de los trabajadores para constituir organizaciones, afiliarse o desafiliarse a ellas, a darse su propia normativa sin intervención de terceros y a realizar el ejercicio de la actividad sindical por medio de la promoción y defensa de los intereses que le son propios". La libertad sindical "es un derecho fundamental cuyo contenido es complejo, ya que involucra una serie de derechos vinculados a la actividad laboral colectiva, tales como libertad de sindicalización, derecho a la negociación colectiva y huelga, todo esto ligado a la idea de autonomía sindical, en el entendido que el Estado no puede interferir en la actividad desarrollada por las organizaciones de trabajadores [Caamaño y Ugarte, 2008: 16]."»[80]

Oscar Ermida, destacado laboralista uruguayo fallecido en 2011, sostiene que el derecho a la libertad sindical comprende la facultad de constituir sindicatos, así como la tutela y promoción de la actividad sindical, a fin de hacer una efectiva defensa de los intereses representados por la organización, implica el reconocimiento del conflicto en las relaciones de trabajo, de la importancia del diálogo y de la necesidad de convergencia entre los actores sociales.[81]

Mario de la Cueva sostiene, respecto a la libertad sindical:

> "La doctrina puede representarse gráficamente como un triángulo equilátero, cuyos ángulos, todos idénticos en graduación, serían el sindicato, la negociación y contratación colectiva y la huelga, de tal suerte que ninguna de las tres figuras de la trilogía podría faltar, porque desaparecería en triángulo"[82].

O. Ermida agrega que la libertad sindical "Depende de los demás derechos fundamentales, porque es prácticamente imposible constituir un sindicato libre y desarrollar actividad auténtica si no se pueden ejercer derechos tales como (…)"[83]. Así entonces, la libertad

---

[78] Gamonal C., Sergio (2020), *Derecho colectivo del trabajo,* Ed. Der Ediciones, p. 56.

[79] Ermida, Oscar (1995), Protección contra los actos antisindicales, (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), p. 22.

[80] Gonzalo García y Pablo Contreras (2014), Diccionario Constitucional Chileno, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°55, p. 628

[81] Sergio Gamonal (2020), Op. cit., p. 56, y Ermida, Oscar. Op. cit., p. 22.

[82] De la Cueva, Mario (1994): El humanismo jurídico de Mario de la Cueva, (Recopilación de escritos de Mario de la Cueva realizada por Ana Luisa Izquierdo y de la Cueva, México, Fondo de Cultura Económica). En Sergio Gamonal C. y Pablo Arellano O., *Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa*, Revista Ius et Praxis vol.24 no.3, Universidad de Talca, dic. 2018.

[83] Estamos ante un derecho y garantía constitucional que posee un carácter de derecho de actividad que incluye el derecho al ejercicio de las funciones sindicales y no solamente al derecho de asociación y de constitución, sino a la actividad colectiva propiamente tal.
El principio de autonomía sindical es definido como el derecho de las organizaciones de trabajadores y/o sindicatos a autogobernarse, a darse sus propias normas y estructuras, a fijar libremente su programa de acción,

sindical, comprende un haz de derechos y garantías interdependientes, que interactúan entre sí, tales como los derechos a la negociación colectiva; huelga; sindicación o sindicalización; autonomía colectiva; libertad de asociación; libertad de expresión; libertad de reunión, entre otras garantías y derechos fundamentales.

A su vez, la libertad sindical se ve fortalecida por la estabilidad en el empleo. Se ha dicho, también, que la libertad sindical es especialmente importante para transitar del autoritarismo a la democracia y es elemento necesario de una democracia real.

Los profesores N. Pozo y J.L. Ugarte, señalan:

> «La Constitución debe reconocer a las organizaciones sindicales. Pero dicho reconocimiento supone entender dichas organizaciones como asociaciones permanentes cuya función es representar colectivamente los intereses de la categoría de los trabajadores. No se trata de cualquier asociación de trabajadores, sino de aquella que tiene como notas fundantes su vocación de permanencia y la representación de intereses colectivos de los trabajadores. En ese sentido, la nueva Constitución debe consignar la idea tradicional de libertad sindical, tanto en su versión individual positiva (derecho a formar y afiliarse al sindicato) y negativa (derecho a no participar sindicalmente), como colectiva (derecho de autonomía y autarquía sindical frente al empleador y terceros).
>
> (…)
>
> También respecto de la autonomía sindical, las organizaciones de trabajadores tienen derecho a redactar su normativa interna, a elegir a sus representantes, a organizar su administración y actividades y a formular sus programas, todo ello con reconocimiento de los derechos de sus miembros y sujeción a las reglas de la sociedad democrática, de acuerdo a la ley. Tienen, además, derecho a constituir federaciones, confederaciones y centrales sindicales y afiliarse a ellas, como también a organizaciones internacionales de trabajadores.
>
> Pero no solo eso. Además, debe reconocer la función relevante que se reconoce constitucionalmente a los sindicatos.
>
> A diferencia de cualquier otra asociación de personas, el sindicato cumple una función de representación de interés colectivos, que no sólo importa a sus afiliados, sino al conjunto de la comunidad: expresan la voluntad de un amplio sector de la sociedad que se encuentra en una situación de subordinación y sujeción. »[84]

G. García y P. Contreras, señalan que la libertad sindical se encuentra constituida por el derecho a la negociación colectiva (art. 19 Nº 16, inc. 5°); por la libertad de sindicalización

a elegir libremente sus autoridades, a vincularse libremente con otras organizaciones, nacionales e internacionales, etc. ERMIDA, Oscar (1999), *Sindicatos en libertad sindical* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), p. 39

[84] Nelson Pozo Silva y José Luis Ugarte (2021). UNIDAD POR EL TRABAJO DIGNO. PROPUESTA PARA AFRONTAR EL PROCESO CONSTITUYENTE, Instituto de Formación Continua TIC Alliance.

(art. 19 Nº 19); y por el derecho de huelga (art. 19 Nº 16, inc. final; art. 8 PIDESC), y precisan que el reconocimiento de la autonomía sindical debe ser entendido a la luz del reconocimiento y amparo de los grupos intermedios que hace la Constitución en su art. 1, inc. 3º.[85]

El numeral 19 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas:

> *"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;"* (Lo destacado es nuestro).

3. Derecho a la sindicación o sindicalización

Como señalamos, el derecho de sindicalización suele analogarse a la libertad sindical. De modo que, en una gran proporción de casos, derecho de sindicalización significará libertad sindical, y viceversa.

No obstante lo anterior, una redacción tipo de este derecho la encontramos en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual señala que los Estados se comprometen a garantizar "*a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;"*

En su informe, la CUT señala que "(e)l derecho a sindicación está dotado de una serie de principios y garantías tendientes a protegerlo de la intervención y de actos de injerencia en la organización, libertad de reglamentarse, autonomía en cuanto a sus formas organizativas y una amplia capacidad de acción programática, en particular se le reconoce el derecho a los trabajadores y a sus organizaciones."[86]

[85] Gonzalo García y Pablo Contreras, Op. cit., p. 628.
[86] Central Unitaria de Trabajadores, Op. cit., p. 74.

3.1. El Sindicato

¿Qué es un sindicato?

Según la RAE, en su primera acepción, un sindicato es una "(a)sociación de trabajadores constituida para la defensa y promoción de intereses profesionales, económicos o sociales de sus miembros."

El carácter de permanente es consustancial a la idea de sindicato.

Se define el sindicato como "una asociación voluntaria y permanente, para tutelar y defender los intereses del trabajador, en forma individual o colectiva".

En palabras de José Manuel Lastra[87], Antonio Baylos Grau reflexiona:

> «[L]a palabra sindicato denota, una forma específica de asociación, una libertad política fundamental en todas las Constituciones democráticas cuya característica definitoria es la unión y organización de los trabajadores; también es un derecho en los tratados internacionales y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los medios de los que se dota para la defensa de los intereses de sus agremiados son muchos, pero los más importantes son la negociación colectiva y la huelga. La negociación colectiva para conseguir mejores condiciones salariales y prestaciones para todos los trabajadores. La huelga, como instrumento de presión para que el empresario acepte negociar colectivamente las condiciones salariales y de empleo de los trabajadores de una empresa o de un sector de la producción.
>
> El sindicato se confronta a un opositor fuerte: el empresario, quien manifiesta su poder en los lugares de producción fundamentalmente, donde él impone la organización del trabajo y las condiciones de prestación del mismo. No debe olvidarse que las condiciones de trabajo tienen que ver con las condiciones de vida y de existencia social. El sindicato para cumplir sus fines —para ser útil—, se despliega en el mercado (salario y tiempo de trabajo), en los lugares de producción de bienes y servicios (condiciones de trabajo) y en la esfera de lo político-social (condiciones de existencia y seguridad social). No sólo se refiere en su práctica a la cuestión salarial, sino al cambio en el modo de producir y a una existencia social en condiciones de dignidad y seguridad. Todo ello lo hace en un contexto de conflicto, de confrontación social, económica y cultural de las clases subalternas que se pretenden nivelar en un proceso igualitario.»[88].

[87] José Manuel Lastra, *Baylos Grau, Antonio, ¿Para qué sirve un sindicato?, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2012, 157 pp*. Recensión de libro. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 138, pp. 1207-1212.
[88] Ibid.

3.2. Funciones y fines del sindicato

3.2.1. Funciones:

Analizando las funciones del Sindicato, Oscar Ermida Uriarte, reflexiona;

- El sindicato es el sujeto principal o central de la tutela colectiva o autotutela, tanto así, que es común —más en Europa que en América Latina— que el derecho colectivo del trabajo sea denominado «derecho sindical», identificando lo colectivo con lo sindical. Y siendo el sujeto central del derecho colectivo del trabajo, lo es, obviamente, del derecho del trabajo en su conjunto. Por lo mismo y de igual modo, el sindicato es también sujeto principal de la protección o igualación.
- Ejerce, asimismo, la representación de los intereses colectivos y constituye una garantía de eficacia de los derechos y normas laborales.
- Por su sola presencia, el sindicato ya supone un cierto desincentivo a la violación de normas y derechos del trabajador; y claro está, su acción efectiva puede constituir un incentivo mayor al cumplimiento y prevenir violaciones. Es esta una función «instrumental» del sindicato, pero no por ello poco importante, sino verdaderamente esencial. El sindicato también es sujeto exclusivo o preferente de la negociación colectiva, lo que lo convierte en un ente normativo.
- A través de la autonomía colectiva, el sindicato se convierte en colegislador o creador de Derecho.
- Tiene, a su vez, una triple función democratizadora, "en cuanto el mismo es: a) un elemento perfeccionador de la democracia formal al hacerla más pluralistas, b)el factor constitutivo de una democracia material, y c) un instrumento democratizador de algunos institutos del propio derecho laboral."[89]

3.2.2. Fines:

La legislación enumera los fines sindicales en los artículos 267 y 284 del Código del Trabajo. Gamonal reflexiona:

> «La técnica definitoria ocupada por la legislación contempla cláusulas generales y enumeraciones no taxativas. Las finalidades estatuidas forman parte del fin general de todo sindicato, a saber, la representación y defensa de los intereses profesionales y económicos de los trabajadores; sin embargo, el legislador, en consonancia con nuestra cultura legalista y especialmente reglamentarista, realiza extensas

[89] Oscar Ermida Uriarte (1991), Sindicatos en Libertad Sindical, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición, p. 27.

enumeraciones que no logran dar cuenta del total alcance de las finalidades sindicales. (…)

Dentro de las cláusulas generales, el CT (*Código del Trabajo)* dispone que las organizaciones sindicales podrán realizar todas aquellas actividades contempladas en los estatutos y que no estuvieren prohibidas por ley (art. 220 N°12).

Sin perjuicio de las finalidad que el artículo 220 reconoce a las organizaciones sindicales, las federaciones y confederaciones podrán prestar asistencia y asesoría a las organizaciones de inferior grado que agrupen (art. 267 CT). En cumplimiento de este fin de asistencia y asesoría, los directores de federaciones y confederaciones pueden realizar visitas a las sedes de las organizaciones inferiores, sin que el empleador respectivo pueda impedirlo.» [90]

3.2.3. Perspectiva económica

El economista Juan Bravo, señala:

«Desde el punto de vista económico los sindicatos tienen un rol ante la existencia de poder monopsónico en el mercado laboral, pues en esta situación se contrata menos empleo y se pagan menores salarios que en el óptimo competitivo.

Por tanto, cuando este es el caso, los sindicatos generan un contrapeso al ejercicio del poder monopsónico, promoviendo mayores salarios y mejor alineados con la productividad laboral. En Chile, existe evidencia de que existiría algún grado de poder monopsónico en el mercado laboral. Un estudio de Mackinson y Navarro (2013) para el sector manufacturero en el periodo 2001-2006 encontró que cerca de un 25% de las plantas tienen un nivel alto de poder monopsónico. Por tanto, si bien existiría un grado de poder monopsónico, esta no parece ser una situación generalizada.

Otro beneficio de la sindicalización es que el sindicato da voz a los trabajadores para expresar sus valores y preferencias, permitiendo entregar retroalimentación al empleador. Si se carece de esta posibilidad, las preferencias de los trabajadores pueden manifestarse a través de otros mecanismos como la renuncia o la búsqueda de otro empleo. De esta manera, esto puede contribuir a reducir la rotación laboral (Freeman y Medoff, 1979; Pencavel, 2005). Asimismo, cuando en los lugares de trabajo existen bienes públicos, tales como la seguridad y otras complementariedades entre trabajadores, este mecanismo de voz puede producir eficiencias en comparación con aquellas empresas que no cuentan con sindicatos. Ello porque, por ejemplo, los sindicatos tienden a incrementar el nivel de conciencia en los asuntos de seguridad en el lugar de trabajo y aumentan la efectividad de otras reglamentaciones legales en los lugares de trabajo (Pencavel, 2005). Esto podría, por ejemplo, evitar accidentes y sanciones. De esta forma, existe el espacio para que diversas situaciones se resuelvan de mejor manera en aquellas firmas con presencia

[90] Sergio Gamonal Contreras (2020), Op. cit., pp. 120-121.

sindical que en aquellas empresas donde no existe o es más limitado este derecho a voz.

Sin embargo, cuando no existen fallas de mercado como poder monopsónico del empleador los sindicatos pueden generar distorsiones en el mercado laboral, debido al surgimiento de un mark-up salarial, esto es, el diferencial de salarios que se obtiene por el mero hecho de pertenecer a un sindicato, pero que no está asociado a una mayor productividad (Aidt y Tzannatos, 2002).

Dada la existencia de este mark-up salarial, una mayor tasa de sindicalización (que no necesariamente será en sectores con poder monopsónico en el mercado laboral) puede generar un impacto negativo sobre la creación de empleo, puesto que este premio salarial no se asocia a una mayor productividad, sino que meramente a la afiliación a un sindicato. Esto implica un alza en los costos laborales para producir, que desincentiva la generación de empleo al encarecer el trabajo respecto a otros factores productivos como el capital.

Alternativamente, las empresas pueden intentar traspasar a los consumidores el incremento de costos laborales en la forma de precios más altos (Pencavel, 2005).

Esto dependerá del grado de competencia del mercado de productos en el que opera la empresa. En la medida que los mercados son menos competitivos, las firmas tienen mayor capacidad de externalizar los incrementos salariales al público.

En definitiva, desde el punto de vista económico el impacto de los sindicatos es ambiguo. De acuerdo a Aidt y Tzannatos (2006) los sindicatos tendrán más chances de mejorar el bienestar en la medida que los mercados de productos sean competitivos y que sus actividades se enfoquen en contribuir a la generación de rentas. Por el contrario, según los autores en caso de que los sindicatos sean cooptados por elites políticas o por el Estado, sus acciones pueden tener efectos económicos muy nocivos y afectar negativamente la eficiencia.

Por tanto, dado el rol que cumplen los sindicatos se debe tratar de generar las condiciones para que estos puedan maximizar su aporte a la sociedad.»[91]

3.3. Normas generales Código del Trabajo

La regulación del derecho en comento es desarrollada en la ley. El Código del Trabajo preceptúa, entre otras normas, las siguientes:

> *Art. 212. Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.*

[91] Juan Bravo (2021), Op. cit., pp. 13-14.

Art. 213. Las organizaciones sindicales tienen el derecho de constituir federaciones, confederaciones y centrales y afiliarse y desafiliarse de ellas.

Asimismo, todas las organizaciones sindicales indicadas en el inciso precedente, tienen el derecho de constituir organizaciones internacionales de trabajadores, afiliarse y desafiliarse de ellas en la forma que prescriban los respectivos estatutos y las normas, usos y prácticas del derecho internacional.

Art. 214. Los menores no necesitarán autorización alguna para afiliarse a un sindicato, ni para intervenir en su administración y dirección.

La afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable.

Nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación.

Un trabajador no puede pertenecer a más de un sindicato, simultáneamente, en función de un mismo empleo. Las organizaciones sindicales no podrán pertenecer a más de una organización de grado superior de un mismo nivel.

En caso de contravención a las normas del inciso precedente, la afiliación posterior producirá la caducidad de cualquiera otra anterior y, si los actos de afiliación fueren simultáneos, o si no pudiere determinarse cuál es el último, todas ellas quedarán sin efecto.

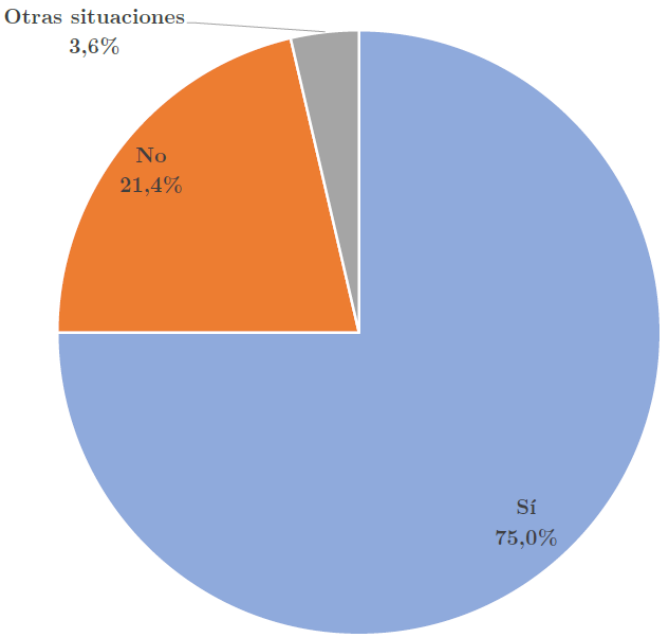
Art. 215. No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

3.4. Derecho de sindicalización en constituciones extranjeras

A nivel internacional, el economista Juan Bravo grafica que tres de cada cuatro países en el mundo recogen el derecho a la sindicalización en su carta fundamental, entre los cuales está Chile. [92]

[92] Juan Bravo (2021), DOCUMENTO DE TRABAJO N°1. Trabajo y nueva Constitución: antecedentes y propuestas para el debate, Observatorio del Contexto Económico (OCEC) UDP.

¿La constitución estipula el derecho a formar o unirse a sindicatos?
(Constituciones de 192 países)



Fuente: Elaborado en base a datos de Comparative Constitutions Project (Elkins, Ginsburg y Melton, 2014)

3.5. Derecho a la sindicación o sindicalización

La Constitución vigente, en su artículo 19 N°19 señala:

> *Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*
>
> *19° 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;* (El énfasis es nuestro)

Sobre este derecho, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución puso el acento restringir y limitar la actividad del sindicato. Uno de sus integrantes, Jorge Ovalle Quiroz, enfatizó en poner atención a los fines de los sindicatos, planteando el asunto como un problema. Había que -indicó- "hacerse cargo del vicio que afectó la actividad sindical con anterioridad al año 1973, en cuanto transformó a los sindicatos en verdaderas células políticas de acción. Estima que esa experiencia se debe aprovechar (….), es partidario de

impedir absolutamente la extralimitación de las funciones sindicales a otros fines que los que son propios del sindicato."

A la fecha tenemos preceptos constitucionales que no han sido modificados durante 40 años por los gobiernos que sucedieron a la dictadura civil y militar y que su presencia en la Constitución sólo se entiende a la luz de sesgos como el descrito en el párrafo anterior. Expresión de esto es el artículo 23 de la Constitución Política, que señala:

> *Artículo 23.- Los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos, serán sancionados en conformidad a la ley. Son incompatibles los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos.*
>
> *La ley establecerá las sanciones que corresponda aplicar a los dirigentes gremiales que intervengan en actividades político partidistas y a los dirigentes de los partidos políticos, que interfieran en el funcionamiento de las organizaciones gremiales y demás grupos intermedios que la propia ley señale.* (Lo subrayado es nuestro)

Sobre el artículo 19 N° 19 de la Constitución Política, la CUT señala:

> «El actual sistema de relaciones laborales es funcional al sistema económico de libre mercado, haciéndolo parecer en apariencia "neutro", al otorgar libertad de sindicación amplia, creación de sindicatos relativamente flexible y, por tanto, orgánicamente muy cercana a lo preceptuado en tratados internacionales en la materia, en lo referente a la faz orgánica del sindicato del Convenio Nº 87. En el sentido opuesto, su faz funcional limitada tanto en la autonomía y los derechos de negociación colectiva y huelga, con lo cual el sindicato chileno tiende a ser poco relevante y no poder cumplir su función de contrarrestar el poder patronal, menos aun, propender a la justicia social, ni a la emancipación de los trabajadores y trabajadoras.»[93]

Sobre el derecho en comento, los profesores de derecho del trabajo J.L. Ugarte, C. Toledo y D. Marzi reflexionan aspectos fundamentales que, dada su importancia y asertividad, abrazamos como nuestros[94].

La y los referidos profesores señalan:

> «La actual Constitución en lo que atañe al derecho de sindicación, lo reconoce como un derecho de toda persona en los casos y forma que la ley señale. Asimismo, reconoce que la afiliación sindical debe ser voluntaria, que los sindicatos gozan de personalidad jurídica por el solo acto registral de estatutos y actas constitutivas en la

[93] Central Unitaria de Trabajadores, Op. cit., p. 82.
[94] José Luis Ugarte, César Toledo Corsi y Daniela Marzi Muñoz, Op. Cit.

forma según la ley señale, debiendo esta última contemplar los mecanismos que aseguren la autonomía de los sindicatos.

Desde una perspectiva negativa, consagra la prohibición de los sindicatos en actividades político partidistas (art. 19 N°19 C°). En este mismo orden, la Constitución sanciona (de acuerdo a la ley) a las organizaciones y sus dirigentes que hagan un "mal uso" de su autonomía, asociándolo a una intervención en actividades ajenas a sus fines específicos. En el mismo orden se consagra la incompatibilidad entre los cargos directivos superiores de las organizaciones gremiales con los cargos directivos superiores, nacionales y regionales, de los partidos políticos. (art. 23 C°)."

Si bien dentro del reproche que se formula a la actual Constitución en materia de reconocimiento de la libertad sindical, lo relativo al derecho de sindicación cobra menor intensidad crítica, en perspectiva de una futuro reconocimiento en la nueva Constitución, se hace necesario, por cierto, eliminar toda referencia a las actuales prohibiciones (art. 23) y ofrecer un contenido muy en sintonía con las normas internacionales del trabajo que, por lo mismo, consagren:

- el derecho de los trabajadores y las trabajadoras a constituir sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses, con la sola condición de observar los estatutos de los mismos.

- el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección.

- El Estado deberá permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente, absteniéndose de toda intervención que limite este derecho y garantizándoles su autonomía.

- La ley podrá establece un sistema de representatividad sindical para ejercer derechos sindicales colectivos, siempre que se base en criterios razonables.»[95]

4. Derecho a la negociación colectiva

4.1. El conflicto colectivo

Otto Kahn- Freund, señala:

«El conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad industrial y, por ello, a las relaciones laborales. Los conflictos de intereses son inevitables en todas las

[95] Ibíd.

> sociedades. Existen normas para resolverlos, pero no pueden existir normas para eliminarlos.»[96]

Sergio Gamonal nos advierte que el conflicto es un elemento permanente en la sociedad humana. Donde hay más de un ser humano puede haber uno o más conflictos. Pretender negar la existencia del conflicto implica negar la naturaleza humana, la racionalidad del ser humano y su capacidad crítica. [97] Este autor señala que "(u)na de las áreas donde el conflicto es casi permanente es en el ámbito laboral, en base a los intereses contrapuestos de empleadores y trabajadores, unos por reducir costos y otros por mejorar su nivel de vida; unos por aumentar la jornada de producción y otros por disponer de más tiempo para su familia; unos por adaptarse a la fluidez de los mercados y otros por mantener la estabilidad de su puesto de trabajo; unos por planificar su proceso productivo en base a un cálculo previo de costos y riesgos y otros por el derecho de suspender colectivamente su actividad laborativa a fin de contar con un medio de presión que les permita negociar y defenderse, etc."[98]

4.2. Derecho a negociar colectivamente

Con gran lucidez, J.L. Ugarte, D. Marzi y C. Toledo, ante la pregunta *¿De qué valor es expresión la negociación colectiva como derecho fundamental?*, responden:

> «La negociación colectiva es expresión, antes que todo, de una forma de autonomía. Se trata del reconocimiento de un espacio de actuación colectiva para decidir con quien, en qué nivel y alcance, y con qué contenido se determinarán las condiciones de trabajo para un ámbito de relaciones laborales determinado. Pero no solo eso, también se relaciona con la libertad en el sentido de que es una forma de poner límites al poder empresarial que gobierna la relación laboral, en salvaguarda de la libertad de los trabajadores involucrados en la representación colectiva.
>
> Por otra parte, la negociación colectiva es un derecho al servicio de la igualdad. Constituye un derecho social relevante para dar cumplimiento con la "promesa de sociedades justas" o "más igualitarias" que se suelen hacer en los textos constitucionales. Por esta razón, su expansión es especialmente importante en el derecho latinoamericano. En efecto, en sociedades tozudamente desiguales la negociación colectiva opera, al decir de Arendt, como un "derecho para obtener derechos" para un grupo especialmente desaventajado como son los trabajadores asalariados.
>
> La negociación colectiva mejora, podríamos decir, dando un paso adelante, un derecho social preferente, en cuanto presenta aspectos estructurales ventajosos

[96] Otto Kahn- Freund (1987), Trabajo y Derecho, Tercera Edición, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social español, p. 65.
[97] Sergio Gamonal Contreras (2020), Op. cit., p. 231.
[98] Ibíd., p. 232. Cita 486 Barbagelata 1995, y; cita 487 Kahn Freund y Palomeque.

> respecto de otros derechos de la misma categoría: es un derecho social que permite acceder a otros derechos sociales y económicos (vg. alimentación, vivienda, educación etc.), pero que el mismo tiempo maximiza la autonomía de sus titulares, en cuanto, son ellos quienes decidirán en que bienes invertirán su renta de negociación colectiva, evitando de paso, la estandarización propia de los derechos sociales. Y todo esto, sin costo para el Estado.»[99]

Sergio Gamonal da cuenta que producto de las especiales características del trabajo humano en la sociedad industrial, "el derecho laboral ha adoptado caminos propios a fin de defender a los trabajadores en su situación de indefensión, especialmente por medio de la negociación colectiva, mecanismo que anteceden en el tiempo a las primeras leyes laborales."[100].

Gamonal sostiene que la negociación colectiva se perfiló como un instrumento más eficiente que la ley para regular las relaciones laborales por las siguientes razones:

> «- La negociación colectiva es pactada por los actores sociales, a saber, empleadores y sindicatos, lo que permite que los acuerdos alcanzados se basen en la realidad social existente en el sector o empresa de que se trate, a diferencia de la ley que a veces ignora la realidad que desea regular.
>
> - La negociación colectiva es menos general que la ley, lo que facilita la consideración de factores particulares del ámbito al cual se va a aplicar.
>
> - La negociación colectiva es más flexible que la ley, lo cual permite que reaccione más rápido ante los cambios de circunstancias sociales o económicas.
>
> - Por lo tanto, la negociación colectiva posibilita elevar el nivel de vida de los trabajadores , utilizando un instrumento realista y flexible, que permite considerar las propias particularidades del sector o empresa donde se aplica. Para que la negociación colectiva mejore las condiciones de trabajo de los trabajadores, estos deben estar representados por un sujeto colectivo, que les otorgue la fuerza necesaria para equilibrar su poder y negociar sus pretensiones frente al empleador. Por ello es negociación colectiva y no individual. Sin embargo, esto no es suficiente, los trabajadores deben contar con el arma de la huelga, de la acción directa, que en la mayoría de los casos no se utiliza, pero permite que negocien de igual a igual con los empleadores.»[101]

Héctor Hugo Barbagelata sostiene que la negociación colectiva está orientada hacia el encuentro de las posiciones de las partes, en el contexto de transacciones recíprocas, conteniendo una voluntad de aproximación del titular de un interés, respecto de quien tiene intereses contrapuestos, unida al propósito de alcanzar ciertos logros concretos[102].

---

[99] José Luis Ugarte, César Toledo Corsi y Daniela Marzi Muñoz, Op. Cit.
[100] Sergio Gamonal Contreras (2020), Op. cit., p. 233. Cita 489 a Webb y Webb.
[101] Ibíd., pp. 233- 234.
[102] Barbagelata, Héctor-Hugo (1995). El pluralismo del Derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, p. 19.

4.3. Contenido del derecho fundamental a la negociación colectiva

J.L. Ugarte, D. Marzi y C. Toledo reflexionan que existen tres ideas fundamentales en relación al contenido del derecho fundamental a negociar colectivamente, estas son: «la libertad de las partes para elegir el nivel donde desarrollar esa negociación, la libertad para elegir las materias sujetas a la autonomía colectiva y el aseguramiento de la fuerza jurídica de los acuerdos o convenios que se suscriban en ejercicio de esa autonomía colectiva.»[103]

Los autores señalan:

> «Las posiciones activas reconocidas al titular del derecho fundamental de negociación colectiva son las siguientes:
>
> a) Derecho a elegir el nivel de la negociación: Lo que se reconoce constitucionalmente tras el derecho de negociación colectiva es la autonomía para que los sujetos sociales involucrados en el trabajo decidan en qué espacio económico-laboral quieren situar su negociación.
>
> No se trata, entonces, de establecer forzadamente un nivel de negociación superior a la empresa (interempresa, sector o rama) por vía constitucional, sino de ampliar al juego de la autonomía colectiva a todos los espacios de negociación que las propias partes -incluidos el o los empleadores- estimen conveniente.
>
> Desde esta perspectiva una norma constitucional respetuosa con el derecho de negociación colectiva de los trabajadores no impone un determinado espacio empresarial donde debe producirse la negociación colectiva, sino que respeta la libertad de las partes de la relación laboral de escoger y acodar dónde se producirá la negociación de las condiciones de trabajo.
>
> b) Derecho a la libre contratación: La negociación colectiva es un espacio de autonomía reconocido a los actores del trabajo para poder determinar por sí mismos la regulación de las relaciones laborales de los trabajadores y empleadores involucrados. Se trata de una forma de libertad contractual cuya peculiaridad es la técnica de la representación colectiva: se pacta y acuerda para otros.
>
> De este modo, dentro del contenido central de este derecho está la facultad de determinar sin interferencias por parte del Estado-ya por la vía de la reglamentación legal y/o la acción administrativa-las condiciones de trabajo y las reglas del gobierno de las relaciones de trabajo que quedan bajo el ámbito del acuerdo o convenio colectivo.
>
> El límite de este contenido es obvio: dicha libertad contractual debe respetar los límites mínimos fijados por la ley expresados en normas de orden público laboral.
>
> En relación con la materia objeto de la autonomía colectiva constitucionalmente reconocida, parece evidente que si las partes no pueden elegir las materias que serán

[103] José Luis Ugarte, César Toledo Corsi y Daniela Marzi Muñoz, Op. Cit.

comprendidas por la negociación, existe una restricción a la libertad contractual de las partes que carece de justificación.

El reconocimiento constitucional supone una fuerte creencia en la autonomía de los actores sociales en términos de que sean ellos mismos los que fijen los alcances de los acuerdos y convenios colectivos a los que arriben.

Precisamente ello es lo que ocurre con nuestra legislación laboral que vulnera, por la vía de la fijación de materias prohibidas para la negociación colectiva, parte relevante del contenido del derecho constitucional a la negociación colectiva.

c) Derecho a la "fuerza normativa" de lo acordado: En esta materia, se trata de reforzar la idea necesaria de que lo acordado colectivamente se impone jurídicamente hablando a las relaciones individuales de trabajo, por la razón que da sentido a la negociación colectiva: el interés colectivo es, en la perspectiva del trabajo, superior al interés individual representados por los contratos de trabajo. Se trata del denominado efecto normativo del convenio colectivo, modalidad de eficacia jurídica que da peculiaridad única a la contratación colectiva en el derecho contractual contemporáneo.

De este modo, el acuerdo entre las partes de la relación laboral suscritas al amparo del derecho constitucional de la negociación colectiva recibe reconocimiento jurídico pleno, produciendo el efecto inmediato que lo pactado se impone a lo previsto en los contratos individuales que se encuentren en el ámbito de la respectiva negociación.

d) Derecho a las medidas de presión: La negociación colectiva es un derecho de conflicto que supone necesariamente la facultad legítima de sus titulares de adoptar medidas de presión sobre la contraparte con el objeto de obtener sus pretensiones laborales.

Dentro de esas medidas de presión se encuentran todas las acciones colectivas necesarias para sostener la posición de negociación dentro del marco del conflicto, tales como los actos para dar visibilidad a las exigencias de los trabajadores, piquetes, manifestaciones, publicidad sindical, la propia huelga, etc.»[104]

4.4. Titularidad del derecho a negociar colectivamente

J.L. Ugarte, D. Marzi y C. Toledo, explican:

«La negociación colectiva es, según convención ampliamente admitida, una manifestación de la autonomía colectiva. Lo relevante de ello es que -desde el punto de vista de la protección del trabajador- se considera que dicho tipo de autonomía es una forma de libertad contractual superior, normativamente hablando, a la autonomía individual.

[104] Ibíd.

> La expresión colectiva de los trabajadores tiene prioridad por sobre la expresión individual de esos mismos trabajadores.
>
> De ahí que la titularidad de este derecho fundamental nunca sea estrictamente individual del trabajador, en el sentido, que no es posible su ejercicio sin la concertación con otros trabajadores. No hay negociación colectiva, como parece obvio, sin sujeto colectivo que exprese una pretensión laboral.
>
> La norma constitucional puede determinar ese colectivo en el sindicato, en cuyo caso se trataría de una titularidad orgánica, que exige la existencia de una organización sindical. Ello sería razonable si lo que se busca constitucionalmente es fortalecer el sindicato como forma representativa de mayor valor dentro del espacio del trabajo.
>
> Desde el punto de vista constitucional, existe una prioridad sindical que parece tener una justificación obvia: el único sujeto que debe ser reconocido constitucionalmente es el sindicato, por ser la única asociación de trabajadores titular de la libertad sindical.
>
> De lo contrario, la titularidad puede recaer en los trabajadores, pero sin fijar el carácter de dicho colectivo: puede ser tanto un sindicato, como otro tipo de unión o coalición de trabajadores, pero necesariamente debe tratarse de una concertación de trabajadores.»[105]

Esta Confederación es de la idea que el único titular del derecho a negociar colectivamente, en cualquier nivel de negociación, debe ser la organización sindical, excluyendo a los grupos negociadores y cualquier otra figura de organización creada para negociar colectivamente negociación colectiva sin vocación de permanencia.

4.5. Sobre la negociación por rama o sector de actividad

Sergio Gamonal advierte que "[a]unque nuestra legislación contempla la posibilidad de negociar colectivamente con más de una empresa, por ejemplo, a través de federaciones y confederaciones, se trata más de una posibilidad ilusoria que real."[106], puesto que por las características de nuestra regulación legal, que no sea obligatorio negociar para las empresas, junto con la carencia del derecho de huelga a fin de presionar a los empleadores para negociar, redundan en que es improbable que se pueda utilizar el mecanismo negociador de la negociación colectiva sectorial. [107]

Sergio Gamonal señala que no cabe duda de que los mejores sistemas de negociación colectiva son los por área o sector de actividad, y que debemos recordar que en el país, a fines de la década de los sesenta del siglo XX, "se contempló un sistema híbrido bastante exitoso de negociación por área y mecanismo de extensión. El de las denominadas

[105] Ibíd.
[106] Sergio Gamonal Contreras (2020), Op. cit., p.301
[107] Ibíd., 301-302

comisiones tripartitas. Era un sistema simple y eficaz que con solo un precepto permitió tener un sistema ramal de negociación. Este mecanismo se mantuvo incluso en la primera parte de la dictadura, hasta el año 1978."[108]. El autor señala que la negociación colectiva ramal es un elemento esencial del capitalismo, porque se trata nada más y nada menos de cuánta libertad real y no de fantasía van a tener los trabajadores en su lugar de trabajo.[109]

Así como es importante establecer un sistema de negociación ramal, también lo es el nivel de cobertura de la negociación ramal[110]. De manera tal que la cobertura es mayor cuando la negociación es por rama o sector o cuando hay mecanismos institucionales que permiten extender los contratos colectivos a terceras personas.

Es necesario que se garantice constitucionalmente el derecho a la negociación en todo nivel, incluido niveles más centralizados como área o sector de la economía. Como advierte Ugarte y Pozo, «[p]arece relevante, atendida nuestra historia constitucional reciente, que la nueva Constitución reconozca expresamente distintos niveles de negociación colectiva, evitando así cualquier tipo de interpretación del futuro texto constitucional que pudiera propender a limitar el ejercicio de este derecho exclusivamente a la empresa. De este modo, el legislador quedaría expresamente habilitado para avanzar a un sistema de múltiples y complementarios niveles de negociación colectiva, ampliando el espacio para la autonomía colectiva de las partes de las relaciones de trabajo.»[111], como vimos antes: «[n)o se trata, entonces, de establecer forzadamente un nivel de negociación superior a la empresa (interempresa, sector o rama) por vía constitucional, sino de ampliar al juego de la autonomía colectiva a todos los espacios de negociación que las propias partes -incluidos el o los empleadores- estimen conveniente.»[112]

Ventajas de la negociación colectiva sectorial

Sergio Gamonal sostiene que las ventajas de la negociación por área son múltiples. Entre ellas se cuentan:

> «En primer lugar, iguala el costo mínimo de trabajo, lo que permite evitar que se ahorre en base a la debilidad de los trabajadores. Para los empresarios diligentes y eficientes, no es justo que otros les compitan con menores costos laborales basados en la debilidad y falta de organización de sus trabajadores. Es decir, la negociación ramal cautela la libre competencia.
>
> En segundo lugar, es una negociación más equilibrada por la dimensión de los actores sociales.

[108] Ibíd., 302
[109] Ibíd.,
[110] Ibíd. Con la expresión "cobertura" nos referimos a cuántos trabajadores son beneficiarios de la negociación colectiva, lo que está en directa relación con el nivel de negociación. P. 302
[111] Nelson Pozo Silva y José Luis Ugarte (2021). Op. cit., pp. 14-15
[112] José Luis Ugarte, César Toledo Corsi y Daniela Marzi Muñoz, Op. Cit.

En tercer lugar, acerca a las partes a la consideración de los problemas macroeconómicos.

En cuarto lugar, es una negociación menos conflictiva, ya que es despersonalizada respecto de los problemas cotidianos de la empresa.

Por último, las medidas de flexibilidad laboral han sido eficientemente acordadas por los actores sociales en los países más ricos, sin desproteger al trabajador. Muchas empresas, cuando han atravesado crisis económicas, han sido fuertemente apoyadas por los sindicatos, al igual que frente a las exigencias de la innovación tecnológica, cuando existe un esquema de relaciones laborales consensuado y no autoritario, lo que requiere de cambios en la mentalidad y cultura de todos los participantes del proceso.»[113].

4.6. Negociación colectiva y la Organización Internacional del Trabajo

La libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son principios y derechos fundamentales en el trabajo consagrados en la Constitución de la OIT[114].

Existen ocho convenios OIT fundamentales sobre negociación colectiva que incluyen el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, (núm. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1948 (núm. 98) [115], ambos convenios fueron suscritos y ratificados por Chile.

El Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,1948 (núm. 87) reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores de constituir las organizaciones que estimen conveniente y de afiliarse libremente a ellas. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Este convenio está complementado por el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), que dispone el establecimiento de medidas que garanticen el derecho de sindicación y fomenten el desarrollo de la negociación colectiva. El artículo 4 dispone que:

> *"Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación*

[113] Sergio Gamonal Contreras (2020), Op. cit., p. 309

[114] Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2016), Negociación colectiva: guía de políticas, Lima. Algunos de esos instrumentos son la Declaración de Filadelfia de 1944, que está incorporada como parte integrante de la Constitución de la OIT, la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de 1977, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2016), Negociación colectiva: guía de políticas, Lima, p. 10.

[115] Ibíd., p. 11.

voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo."

Al igual que la legislación nacional, la OIT considera que el fin de la negociación colectiva es celebrar un contrato colectivo.

La OIT sostiene que la negociación colectiva "es un proceso sustancial que implica negociaciones entre uno o más empleadores u organizaciones de empleadores y uno o más sindicatos, con objeto de celebrar un contrato colectivo que regule las condiciones de empleo y las relaciones entre las partes. Si bien puede estar relacionado con otros procesos, como las consultas y el diálogo social tripartito, sigue siendo una forma única y distinta de diálogo social."[116]

4.7. Beneficios de la negociación colectiva

La OIT sostiene que la negociación colectiva es inherente al diálogo social[117].

En cuanto a sus beneficios, "la negociación colectiva es un principio y un derecho fundamental en el trabajo. La negociación colectiva también es considerada como un derecho habilitador. El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva puede dar lugar a una serie de beneficios. Los estudios muestran que la negociación colectiva contribuye a mejorar los salarios y las condiciones de trabajo así como la igualdad. También ha desempeñado un papel decisivo al facilitar la adaptabilidad de las empresas y economías durante una crisis económica. Cuando es efectiva, la negociación colectiva ayuda a crear confianza y respeto mutuo entre los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones, y contribuye al mantenimiento de relaciones laborales estables y productivas. Asimismo, las instituciones de negociación colectiva débiles e ineficaces pueden llevar al aumento de los conflictos laborales, con los consiguientes costos económicos y sociales.".

"El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva permite formular un tipo de normativa que complemente la legislación. Los contratos colectivos pueden reforzar el cumplimiento de las disposiciones legales, permitir que las partes las mejoren, y ofrecer mecanismos para abordar cuestiones propias de determinadas empresas o sectores económicos. Esto puede beneficiar a ambas partes, garantizando que los trabajadores obtengan una participación justa de los beneficios de la productividad sin poner en riesgo la capacidad de los empleadores de operar de manera rentable."[118]

Cuando las partes están bien organizadas, los contratos colectivos también se pueden usar para fijar salarios mínimos y condiciones de trabajo en un sector o segmento económico. El Cuadro siguiente, elaborado por la OIT, resume los beneficios de la negociación colectiva. El

[116] Ibíd., p. 3.
[117] El diálogo social puede asumir muchas formas. La OIT define el diálogo social como todo tipo de negociación, consulta o simple intercambio de información entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, sobre temas de interés común. Abarca las consultas y negociaciones bipartitas o tripartitas que se realizan a cualquier nivel. Ibíd., pp. 3-4
[118] Ibíd. pp. 5

logro de estos resultados dependerá, naturalmente, de la existencia de leyes e instituciones propicias y de las estrategias de los actores involucrados.[119]

[119] Ibíd. pp. 4-6

Cuadro 1.1 **Algunos beneficios de la negociación colectiva**

TEMAS	BENEFICIOS
Calidad del empleo	✓ Mejora los salarios ✓ Puede ser una herramienta para ajustar los salarios a la productividad ✓ Permite negociar acuerdos sobre la jornada laboral que armonicen el interés de los trabajadores en conciliar la vida laboral y familiar, con el interés de los empleadores respecto a jornadas laborales flexibles ✓ Puede mejorar el acceso al seguro social ✓ Puede facilitar la seguridad y la protección en el empleo ✓ Crea oportunidades para la participación en el lugar de trabajo (voz)
Igualdad	✓ Comprime las estructuras salariales ✓ Mejora la igualdad de género ✓ Puede promover la paridad entre trabajadores con modalidades de empleo regulares y atípicas que trabajan en una misma empresa
Formación	✓ Puede mejorar el acceso a la formación profesional continua ✓ Adecúa la formación a las necesidades del trabajador, de la empresa y del sector
Relaciones laborales	✓ Permite la adquisición de otros derechos ✓ El propio proceso implica el ejercicio de derechos y principios democráticos ✓ Ofrece una vía para expresar y resolver demandas, lo cual a su vez mejora el bienestar del trabajador ✓ Institucionaliza la solución de conflictos y contribuye a la estabilidad de las relaciones laborales ✓ Permite adaptar una normativa aprobada de forma conjunta a una industria o lugar de trabajo ✓ Legitima las normas y mejora el cumplimiento de las disposiciones legales o las de los contratos colectivos

TEMAS	BENEFICIOS
Desempeño de la empresa	✓ Puede facilitar la adaptabilidad de las empresas a una caída o aumento temporal de la demanda ✓ Aumenta el compromiso del trabajador y mejora el intercambio de información (p.ej. sobre procesos de trabajo) ✓ Se asocia con una menor rotación de la mano de obra, lo que aumenta el incentivo para ofrecer formación específica en la empresa. Esto a su vez contribuye a mejorar la productividad y la calidad de los productos ✓ Mejora los efectos positivos de los cambios en el lugar de trabajo y los tecnológicos en el desempeño de la empresa ✓ Permite la negociación de los incentivos a la productividad o los programas de reparto de beneficios
Macroeconómicos	✓ Reduce la desigualdad y permite una distribución más justa de la renta nacional ✓ Facilita el ajuste a las perturbaciones económicas ✓ La negociación coordinada puede tener un efecto positivo en el desempeño económico (inflación, empleo, etc.) ✓ Una mayor cobertura por los contratos colectivos se asocia con un aumento del gasto público en políticas activas del mercado laboral

4.8. Principios de la OIT relativos al derecho de negociación colectiva[120]

Hay un conjunto de principios relativos a la negociación colectiva que emanan de las declaraciones, convenios y recomendaciones de la OIT, así como de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical, los cuales son:

[120] Ibíd., ver pp. 13-14.

1. La negociación colectiva es un derecho fundamental que todos los Miembros aceptan por su mera pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo y que están obligados a respetar, promover y hacer realidad, de buena fe. (Estudio General, 2012, párr. 198)
2. El derecho de negociación colectiva corresponde a las organizaciones de trabajadores de todos los niveles, así como a los empleadores y a sus organizaciones; la negociación colectiva con representantes de trabajadores no sindicalizados debería ser posible únicamente cuando no existan sindicatos en el nivel de que se trate (*ibid*, párr. 239). Se deberá adoptar medidas para evitar que los acuerdos directos con los trabajadores no sindicalizados se utilicen con fines antisindicales. (*ibid.*, párr. 240)
3. El derecho de negociación colectiva es aplicable a todos los trabajadores en los sectores público y privado. Las únicas excepciones se refieren a las fuerzas armadas y a la policía, así como a los funcionarios públicos empleados en la administración del Estado. (*ibid.*, párr. 168)
4. El contenido de la negociación colectiva se centra en las condiciones de trabajo y empleo, así como en la regulación de las relaciones entre los empleadores y los trabajadores y sus respectivas organizaciones. El concepto de "condiciones de trabajo" no solo comprende las condiciones de trabajo tradicionales (jornada de trabajo, horas extraordinarias, períodos de descanso, salarios, etc.), sino también las cuestiones que las partes decidan contemplar libremente, como las que suelen incluirse en el ámbito de las condiciones de empleo en sentido estricto (ascensos, traslados, supresión de puestos sin preaviso, etc.). (*ibid.*, párr. 215)

5. La negociación colectiva debe ser libre y voluntaria, y debe respetar el principio de la autonomía de las partes. (*ibid.*, párr. 200)
6. Si bien es aceptable que el sindicato que represente a la mayoría o a un alto porcentaje de los trabajadores en una unidad de negociación goce de derechos de negociación preferentes o exclusivos, en los casos en que ningún sindicato cumpla estas condiciones, o que no goce de esos derechos exclusivos, los sindicatos minoritarios deberían, al menos, poder concluir un convenio colectivo o directo en nombre de sus propios afiliados. (*ibid.*, párr. 226)
7. La negativa injustificada a reconocer las organizaciones más representativas, o la imposición del requisito de un porcentaje elevado de representatividad para el reconocimiento de un agente de negociación colectiva, puede dificultar la promoción y el desarrollo de una negociación colectiva libre y voluntaria. (*ibid.*, párr. 224)
8. La negociación colectiva debe poder desarrollarse en cualquier nivel, tanto en el plano nacional como en el empresarial. También deben poder desarrollarla las federaciones y las confederaciones. Por consiguiente, una legislación que imponga unilateralmente el nivel de la negociación colectiva o lo fije imperativamente plantea problemas de incompatibilidad con el Convenio núm. 98. (*ibid.*, párr. 222)
9. El principio de la negociación de buena fe se traduce en la práctica de varias obligaciones para las partes interesadas, a saber: (i) reconocer las organizaciones representativas; (ii) procurar llegar a un acuerdo; (iii) mantener negociaciones verdaderas y constructivas; (iv) evitar demoras injustificadas en las negociaciones; y (v) respetar mutuamente los compromisos adquiridos y los resultados obtenidos mediante la negociación. (*ibid.*, párr. 208)
10. De manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria el arbitraje obligatorio cuando las partes no lleguen a un acuerdo. El arbitraje obligatorio sólo es aceptable en ciertas circunstancias específicas, a saber: (i) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población; (ii) en los casos de conflicto en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; (iii) cuando, tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, si es obvio que el bloqueo de las mismas no será superado sin una iniciativa de su parte; o (iv) en caso de crisis aguda. Sin embargo, el arbitraje aceptado por ambas partes (voluntario) es siempre legítimo. (*ibid.*, párr. 247)
11. Los convenios colectivos son vinculantes y tienen primacía sobre los contratos de trabajo individuales (salvo cuando las disposiciones de estos últimos son más favorables para los trabajadores cubiertos por el convenio colectivo). (*ibid.*, párr. 199)

12. Una de las principales restricciones al principio de la negociación colectiva libre y voluntaria es la obligación de someter los convenios colectivos a la aprobación previa de las autoridades (en particular, las autoridades administrativas o presupuestarias). Las disposiciones de esta índole son compatibles con el Convenio núm. 98 a condición de que el rechazo de la aprobación se limite a aquellos casos en que el convenio colectivo presente vicios de forma o no se ajuste a las normas mínimas establecidas por la legislación general del trabajo. Si la legislación confiere a las autoridades una facultad discrecional plena para rechazar la homologación, o establece que la aprobación debe obedecer a criterios tales como la compatibilidad con la política general o económica del gobierno, o con las orientaciones oficiales en materia de salarios o de condiciones de empleo, está de hecho subordinando la puesta en vigor del convenio a una aprobación previa, situación que configura una violación del principio de autonomía de las partes. La prórroga obligatoria de la validez de los convenios colectivos impuesta por ley (situación distinta de la ultra actividad de los convenios colectivos al término de su vigencia prevista en ciertas legislaciones cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre un nuevo convenio colectivo), sólo sería admisible excepcionalmente, en caso de crisis nacional o local grave de carácter no económico y por breves períodos de tiempo. (*ibid.*, párr. 201)

13. Las limitaciones impuestas por las autoridades al contenido de los futuros convenios colectivos, sobre todo en materia salarial, en cumplimiento de las políticas de estabilidad económica o de ajuste estructural que resulten necesarias, son admisibles a condición de que se celebre una consulta previa al respecto con las organizaciones de trabajadores y empleadores y de que esas restricciones: (i) se apliquen como medida de excepción; (ii) se limiten a lo indispensable; (iii) no sobrepasen un período razonable; y (iv) vayan acompañadas de garantías destinadas a proteger de manera efectiva el nivel de vida de los trabajadores interesados, y particularmente de aquellos que pueden resultar más afectados. (*ibid.*, párr. 220)

4.9. Negociación colectiva en la Constitución de 1980

El artículo 19 N°16 de la Constitución política prescribe:

> *Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*
>
> *(...)*
>
> *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.*

La Constitución alude marginalmente a la negociación colectiva y en términos restrictivos.

En nuestro país, la doctrina constitucional ortodoxa define la negociación colectiva como un procedimiento. En efecto, los profesores Mario Verdugo y Emilio Pfeffer señalan que la negociación colectiva puede definirse como el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relaciona con una o más organizaciones sindicales o con trabajadores que se

unan para tal efecto, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado[121].

Una interpretación estrecha y dominante de la expresión *"con la empresa en que laboren"* del precepto constitucional en comento, ha dado a entender que la norma constitucional sólo garantiza como derecho constitucional el negociar colectivamente al nivel de la empresa.

5. Derecho de huelga

La huelga «es una acción que ha pasado a convertirse en el contenido de un derecho reconocido con máxima fuerza dentro del sistema legal: la de un derecho fundamental. Se trata, sorprendentemente, del reconocimiento de la presión y el daño al propietario con máximos jerarquía jurídica: la del contenido de un derecho constitucional.[122]

En opinión de J.L. Ugarte, C. Toledo y D. Marzi, «[l]a huelga es la manifestación más relevante de la libertad sindical, ya que históricamente fue la que produjo que las organizaciones todavía como fenómeno extrajurídico o incluso criminalizado, pudieran llegar a negociar sus reivindicaciones. Es un a priori para la eficacia de la organización y su poder negociador.»[123]

El derecho de huelga es un caso paradigmático en el ordenamiento jurídico nacional. Las prohibiciones al ejercicio del derecho nacen en la Constitución, cuya visión limitativa y negativa se expresa frenéticamente en numerosas normas escritas de rango inferior, mientras que la huelga inserta en la negociación colectiva reglada, regulada en el Código Laboral, es objeto de una profusa reglamentación.

Sin perjuicio de lo anterior, la Excma. Corte Suprema de Justicia sostiene que la huelga es un derecho reconocido implícitamente en el artículo 19 Nº16 de la Constitución Política, por la vía interpretativa a *contrario sensu*, respaldado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que el Estado chileno ha suscrito y por la constatación de una tendencia histórico-normativa hacia la plena reafirmación de la huelga como principio básico del catálogo de derechos sociales, económicos y culturales y como prerrogativa irrenunciable del derecho laboral.[124]

5.1. Contenido del derecho de huelga

[121] VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio y NOGUEIRA, Humberto (1994), Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial Jurídica, 289.
[122] Ugarte, José Luis (2016). Huelga y Derecho, Legal Publishing Chile, p. 3
[123] Ugarte, José Luis ; Toledo Corsi, César; y Marzi Muñoz, Daniela, Op. Cit.
[124] Sentencias Corte Suprema. Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur Oriente con Comercial Promolinks Sociedad Anónima (2014), Dirección del Trabajo Insp. Comunal del Trabajo Norte Chacabuco con Carvajal Empaques S.A (2015) e Inspección Provincial del Trabajo de Santiago con RGM Mallas de Alambre LTDA (2015), entre otras.

Huelga es "toda acción colectiva de los trabajadores que busca alterar el proceso productivo, incluyendo tanto la suspensión total y concertada del trabajo, como cualquier conducta disruptiva de ese proceso, y cuya finalidad puede ser, salvo restricciones normativas expresas, cualquiera que fijen los trabajadores, incluyendo, objetivos económicos generales o puramente políticos".[125]

La conducta protegida por el derecho de huelga sostenida en la doctrina laboral contemporánea es ser cualquier interrupción colectiva de la normalidad productiva de la empresa. [126]

El contenido del interés protegido del derecho de huelga "dice relación con el reconocimiento de un medio de presión eficaz con la finalidad de producir una alteración del proceso productivo" [127] En otros términos, su núcleo protegido es ser "una herramienta eficaz de protección, impidiendo que el empleador pueda burlarla manteniendo la normalidad del desarrollo productivo o comercial correspondiente" (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 166-2013).

J.L. Ugarte reflexiona que, desde el punto de vista funcional:

> «[E]l derecho de huelga sirve de anclaje a todo el sistema de relaciones colectivas del trabajo, o dicho de otro modo, permite sostener a los otros derechos colectivos: la posibilidad de una organización con fuerza o una negociación colectiva robusta, exige la capacidad de los trabajadores de inhibir y amortizar el poder empresarial. De ahí que se haya apuntado que "la huelga es la principal arma de auto-tutela de los trabajadores, es el instrumento de acción directa al servicio de los fines del sindicato y de efectividad al derecho a la negociación colectiva. En realidad, la huelga autentifica el conjunto del sistema de relaciones laborales, porque el recurso a la huelga otorga plena efectividad a los demás derechos de autonomía o autoafirmación colectiva"»[128]

5.2. La huelga en la Constitución de 1980

La Constitución de 1980 en el art. 19 N° 19 menciona la huelga exclusivamente para prohibirla a las y los trabajadores del sector público, cuestión que se explica en su origen: para el programa de la dictadura la disrupción de la normalidad productiva sólo podía ser vista como un enemigo.[129]

El artículo 19 Nº 16 inciso 6° de la Constitución establece:

[125] Ugarte, José Luis (2016), Op. cit., p. 25.
[126] Ibíd. p. 37
[127] Ibíd. p. 48
[128] Ugarte, José Luis (2014), Op. cit., p. 88.
[129] Ugarte, José Luis ; Toledo Corsi, César; y Marzi Muñoz, Daniela, Op. cit.

> *"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;"*

Pedro Irureta da cuenta que, para los redactores de la Constitución de 1980, la huelga no se estructuró como un derecho formal, como es el caso de la negociación colectiva, sino un hecho esencialmente juridificado[130]. Para todos los integrantes de la Comisión Ortúzar, la huelga constituía una medida extrema, que, si llegaba a estar amparada por el ordenamiento jurídico, este debía establecerla como última instancia de un procedimiento justo y pacífico dentro de la negociación colectiva. [131]

La huelga ameritaba dos enfoques jurídicos para los redactores de la Constitución:

> «Uno de ellos partía de la base que la huelga que una medida de fuerza que no buscaba la justicia en el ámbito de las relaciones laborales, razón por la cual debía ser considerada como un hecho ilícito. Un segundo enfoque se encaminaba por la tesis de que la huelga debía ser consagrada en el ordenamiento constitucional en forma explícita, como un derecho, entregando al legislador la posibilidad de negar su ejercicio respecto de ciertos servicios.
>
> La solución final, con un claro objetivo ecléctico, se limitó a regular de forma negativa la figura de la huelga, dejando en manos del legislador la determinación de todos los demás casos en que se puede ejercer. Es decir, en la Constitución de 1980 la huelga no se reconoce como un explícito derecho de los trabajadores, aún cuando indirectamente se admite su existencia. (…)[132]»

5.3. Prohibición de la huelga

La proscripción de la huelga es nota característica de su regulación en el ordenamiento jurídico laboral. A continuación, revisaremos algunas de las prohibiciones que existen.

5.3.1. Constitución Política:

El artículo 19 Nº 16 inciso final de la Constitución prohíbe declararse en huelga a los funcionarios del Estado y Municipalidades[133], así como a las personas que trabajen en

[130] Irureta, Op. cit, p. 187
[131] Ibíd.
[132] Ibíd., p. 188
[133] La prohibición constitucional relativa a los trabajadores que laboran en el sector público es reiterada en el artículo 84 letra i) de la Ley 18.834 sobre el Estatuto Administrativo y en el artículo 82 de la Ley N° 18.883 que establece el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

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.

El precepto constitucional reserva a la ley la determinación de los 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.

Este mandato al legislador se concretiza en el artículo 362 de la legislación actual y en el antiguo artículo 384 del Código del Trabajo.

Una restricción al derecho de huelga en modalidad de prohibición absoluta, como indica VALVERDE, lesiona tanto el derecho de huelga como el de libertad sindical dado que priva la "actividad sindical de los funcionarios y de sus organizaciones sindicales del único recurso de apoyo directo que existe a su disposición en las relaciones de trabajo en la administración pública"[134].

Como es por todos conocido, los funcionarios y funcionarias públicas ejercen la huelga, a pesar de que les está prohibido por la ley y la Constitución.

5.3.2. Ley de seguridad interior del estado y código penal:

La huelga se establece como delito en el artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado Nº 12.927[135] y en el artículo 254 del Código Penal.

El artículo 11 de la Ley de Seguridad Interior del Estado prohíbe *"toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga"* que se ejerza sin sujeción a las leyes y que produzca alteraciones en el orden público o perturbaciones en los servicios de utilidad pública o de funcionamiento legal obligatorio o daño a cualquiera de las industrias vitales. La ley considera tales actos como delitos cuya sanción consiste en presidio o relegación menores, en sus grados mínimo a medio[136].

No obstante las prohibiciones legales, la penetración de los institutos colectivos del derecho laboral en la Administración Pública es de larga data: la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, son derechos que los funcionarios públicos chilenos han conquistado y ejercido con vigor. El poder sindical -y el correlativo poder negociador- acumulado por estos trabajadores permite situarlos como una de las categorías profesionales más poderosas dentro del desolador panorama de relaciones colectivas chileno caracterizado por sindicatos pequeños, radicados a nivel de empresa y en consecuencia, de nulo o poco poder negociador.

[134] VALVERDE, ANTONIO (1986), "LIMITES DEL DERECHO DE HUELGA EN LA ADMINISTRACIÓN", EN: REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, AÑO 6 Nº 18, pp. 42 y ss.

[135] Esta norma de sello autoritario es inaugurada en 1937 con la Ley Nº 6.026. Más tarde, la Ley de Defensa Permanente de la Democracia de 1948, conocida por la historia como la *ley maldita* (Ley Nº 8.987), profundiza la norma en algunos aspectos (art. 2º Nº 4), sobreviviendo a la ulterior derogación de esa ley en el art. 11 de la Ley Nº 12.927 de 1958, actualizada y refundida en 1975.

[136] La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha solicitado al estado de Chile que derogué la norma. OIT, CEACR (2007). En resumidas cuentas, se trata de una norma legal "que más que dirigirse a sancionar las huelgas ilícitas, busca criminalizar la disidencia política laboral". CAAMAÑO, Eduardo y UGARTE, José Luis (2010), Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico. Santiago, Legal Publishing, pp. 96- 97.

En su inciso final establece que*"[e]n el mismo delito incurren aquellos que induzcan, inciten o fomenten alguno de los actos ilícitos a que se refiere el inciso anterior"*.

5.3.3. Código del Trabajo:

Siguiendo a TOLEDO[137], Javiera Aravena da cuenta que las normas sobre negociación colectiva contenidas en el Código del Trabajo dan lugar a huelgas prohibidas de modo directo y aquellas prohibidas de manera indirecta[138].

> «El artículo 304 del Código del Trabajo–en línea con el ex artículo 305- prohíbe el ejercicio de la huelga contractual reglada, al impedir negociar colectivamente bajo las modalidades de negociación reglada y no reglada, a las y los siguientes trabajadores:
>
> (a) trabajadores que laboren en empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio;
>
> (b) trabajadores que laboren en empresas que por leyes especiales se prohíba negociar colectivamente;
>
> (c) trabajadores de empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiadas en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos[139]. La ley exceptúa de esta prohibición a trabajadores de establecimientos educacionales particulares subvencionados en conformidad al Decreto Ley N° 3.476, de 1980, y sus modificaciones, y a los establecimientos educacionales técnico-profesional administrados por Corporaciones Privadas conforme al Decreto Ley N° 3.166, de 1980.
>
> (d) trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes. En la micro y pequeña empresa esta prohibición se aplicará también al personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando. Estas prohibiciones deben constar expresamente en el contrato individual de trabajo, en caso contrario se entenderá que el trabajador o trabajadora está habilitada para ser parte de la negociación colectiva y en consecuencia participar de una eventual huelga.

[137] TOLEDO, CÉSAR (2013), TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL (SANTIAGO, LEGAL PUBLISHING), pp. 282-286.
[138] Aravena, Javiera (2017). Derecho de huelga y servicios mínimos. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional UDP, p. 28.
[139] El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo determinará las empresas en las que el Estado tenga aporte, participación o representación mayoritarios en que se deberá negociar por establecimiento, entendiéndose que dichas unidades tendrán el carácter de empresas para todos los efectos del Código Laboral. La norma no prevé la posibilidad de reclamar contra la resolución del ministerio de Economía.

(e) trabajadores sujetos a contrato de aprendizaje que laboren en micro, pequeñas y medianas empresas, cuando éstas se excusen de negociar.

Se prohíbe negociar colectivamente de modo reglado a las y los trabajadores:

(f) afiliados a un sindicato interempresa cuando no cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 364 inciso 2º que les permite negociar regladamente.

(g) que laboren en la micro y pequeña empresa, cuando ésta se niegue a negociar con el sindicato interempresa (artículo 364 inciso 4º).

(h) eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria que de negociar conforme al artículo 365, se les priva además de la protección que entrega el fuero de negociación colectiva previsto en el artículo 309. (Artículo 365).

Se prohíbe expresamente declararse en huelga a las y los trabajadores que:

(i) presten servicios en corporaciones o empresas, cualquiera sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional (artículo 362)[140].

Esta última norma, aunque ubicada en el procedimiento de negociación colectiva, obedece a la remisión legislativa que realiza la Constitución (art. 19 Nº 16) respecto a la determinación de empresas en las cuales se prohíbe la huelga de modo absoluto[141].»[142].

5.4. Limitaciones a la huelga dentro de la negociación colectiva reglada, regulada en el Código del Trabajo: el caso de los servicios mínimos.

Junto con la reanudación de faenas (art. 363 del Código del Trabajo), los servicios mínimos son una limitación al ejercicio del derecho de huelga de gran importancia, en opinión de las y los dirigentes sindicales es un instituto que ha venido a afectar la huelga y la negociación colectiva propiamente tal, la experiencia indica que es todo un problema para el ejercicio de derechos colectivos.

[140] El artículo 362 fija el procedimiento bajo el cual se prohibirá la huelga e indica las autoridades encargadas de determinar el listado de empresas en las cuales sus trabajadores no pueden declarar la huelga. La norma preceptúa que "[e]sta calificación será efectuada cada dos años por resolución conjunta de los Ministros del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Turismo, bajo un procedimiento contradictorio que inicia con solicitud fundada de parte".

[141] Contraloría General de la República, dictamen Nº 53.479 (2008).

[142] Aravena, Javiera (2017). Op. Cit., pp. 28- 30.

A diferencia de otras limitaciones implícitas en el propio diseño de la huelga contractual reglada[143], el instituto de los servicios mínimos es un límite al derecho de huelga expresamente regulado por la ley.

El instituto de los servicios mínimos constituye una limitación al ejercicio del derecho de huelga minuciosamente regulado en los artículos 359, 360 y 361 del Código del Trabajo. Esta figura instaura un límite al daño eventual que la huelga puede causar tocando uno de los aspectos centrales para hacer de la huelga un instrumento de presión efectivo, y en consecuencia, más sensible a la hora de discutir sus alcances.[144]

Con el fin de tutelar ciertos bienes e intereses expresamente identificados por las normas, durante la huelga, el sindicato debe entregar ciertos servicios mínimos y equipos de emergencia, sin que su provisión importe una afectación al contenido esencial del derecho fundamental de huelga.

En rigor, la institución de los servicios mínimos es una figura que estaba presente en nuestra legislación (ex artículo 380 del Código Laboral), pero que había recibido escasa aplicación puesto que con anterioridad a la reforma laboral incorporada en el Código del Trabajo mediante la ley 20.940, publicada en el D.O. el 08/09/2016, se permitía el reemplazo de trabajadores. La novedad de los servicios mínimos re-estrenados por Reforma estriba en que amplió los supuestos de aplicación de los servicios mínimos y creó un complejo procedimiento de calificación, otorgándole una centralidad de la que antes carecía[145].[146]

5.5. OIT y los servicios mínimos en los servicios esenciales para la población[147]

[143] Entre otros, el propio diseño y excesiva reglamentación (Vid. TOLEDO, *op cit.,* p. 38 y 287*)*, la titularidad del derecho (sindicato), modalidad o ejercicio (suspensión total del trabajo), fin (negociar un contrato colectivo). Ibíd., p. 30

[144] Ibíd.,

[145] Algunos autores consideran que este instituto es el resultado de una grave confusión. UGARTE señala que el Proyecto como el Código del Trabajo incurre en una confusión conceptual relevante dado que los servicios mínimos son una limitación a la huelga vinculada única y exclusivamente al conflicto de ese derecho fundamental con derechos de terceros, de ahí que la solución sea mantener algún grado de prestación laboral para no afectar esos bienes fundamentales que no son del empleador, como es el caso paradigmático de los denominados servicios esenciales. UGARTE UGARTE, José Luis (2015), "Proyecto de agenda laboral: un paso a ninguna parte", pdf, presentado a la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados, p. 16. En el mismo sentido, TOLEDO y VARAS estiman la figura de los SS.MM es uno de los errores y confusiones más graves de la reforma laboral, "en primer lugar porque son concebidos de forma independiente a los servicios esenciales, y en segundo lugar, porque los supuestos para su aplicación van más allá de la afectación a esferas jurídicas de terceros, confundiendo el conflicto que se deriva de la huelga abusiva, con el que nace a raíz de la colisión del derecho de huelga con los servicios esenciales". TOLEDO, César y VARAS, Karla (2015), "La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos", *Informe anual sobre derechos humanos en Chile* (Santiago: Ediciones UDP), pp. 109-110.

[146] Aravena, Javiera (2017). Op. Cit., pp. 31- 32.

[147] Este acápite, con algunas diferencias, se extrae de Aravena, Javiera (2017). Op. Cit., pp- 51- 55.

Para la doctrina de los órganos de control de la libertad sindical de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y el Comité de Libertad Sindical, los servicios mínimos son garantías de mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, en tanto que los servicios esenciales son aquellos destinados a brindar la actividad necesaria y proporcional para la protección de los derechos afectados por el ejercicio de la huelga[148]. [149]

La doctrina de los órganos de control de la OIT es vasta y bastante estricta en el asunto. La Comisión de Expertos de la OIT sostiene que el principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa, *"[a]l tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por lo tanto, que solo pueden considerarse servicios esenciales aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población"*[150].

El Comité de Libertad Sindical de la OIT entiende que por regla general la huelga sólo puede estar excepcionalmente restringida, de ahí que el organismo internacional haya acuñado la expresión s*ervicios esenciales en sentido estricto del término,* definiéndolos como *"aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población"*[151] *[152]*

---

[148] ÁLVAREZ, Eduardo (2012), "Los Conflictos Colectivos de Trabajo y el Derecho de Huelga", en: SIMON, Julio César (Dir.), *Tratado de derecho colectivo del trabajo* (Buenos Aires, La Ley), Tomo II p. 470.

[149] Como recuerda Daniela Marzi, al momento de estudiar la doctrina de la OIT debemos tener claro que "no elabora sus recomendaciones teniendo a la vista países cuyo único nivel de negociación garantizado es la empresa y en que la huelga sea un paso incrustado en el nivel de negociación más irrelevante: precisamente el de empresa", como es el caso de Chile. Daniela MARZI (2015), "Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de Reforma al Derecho Colectivo: el sendero de un legislador sin convicción".

[150] *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949* (1994). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 4B) a la 81.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. Ginebra. Citado en GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio (2000), "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva", en: Revista Internacional del Trabajo OIT, Vol. 119 N° 1, p. 22.

[151] Organización Internacional del Trabajo- OIT (2006), La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo), párr. 606, p. 131.

[152] En el caso español, la figura de los servicios esenciales equivale a los *servicios esenciales de la comunidad*. La doctrina precisa que "«mantenimiento» de los servicios exige únicamente la cobertura «mínima» de las necesidades que tales servicios se proponen satisfacer y no, naturalmente, la garantía de su funcionamiento «normal»". PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel (2009), *Derecho del trabajo* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces), p. 456.

A su vez, así como el Tribunal Constitucional español maneja un criterio restrictivo en el establecimiento de servicios mínimos, también parte de una noción restrictiva de servicios esenciales, toda vez que el mantenimiento de servicios mínimos supone una limitación para el ejercicio del derecho de huelga, cuya calificación "debe tomarse teniendo en cuenta la extensión de la huelga, la duración prevista, la que ya hubiese tenido, las necesidades en esa coyuntura concreta (…)". QUINTANILLA, Raquel (2008), "El derecho de huelga en la doctrina

Ha señalado, también, que "(l)a prohibición general de huelgas no podría estar justificada más que en una situación de crisis nacional aguda y por una duración limitada."; "El Comité admitió que el derecho de huelga puede ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, cuando se trate de la función pública o de servicios esenciales, en la medida en que la huelga pudiere causar graves perjuicios a la colectividad nacional y a condición de que estas restricciones vayan acompañadas de ciertas garantías compensatorias."; "El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner n peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)."; "Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.; "El principio sobre prohibición de huelgas en los «servicios esenciales» podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un «servicio esencial» en el sentido estricto del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población."; "No parece apropiado que todas las empresas del Estado sean tratadas sobre la misma base en cuanto a las restricciones al derecho de huelga, sin distinguir en la legislación pertinente entre aquellas que son auténticamente esenciales y las que no lo son.".[153]

La OIT acepta la prestación de servicios mínimos durante la huelga, mas no su prohibición, en servicios no esenciales en sentido estricto del término, en casos en que las huelgas de una cierta extensión o duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro. Otra situación es el caso es el de los denominados *servicios esenciales por extensión,* que, como indica su nombre, consiste en un servicio que puede convertirse en esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o alcance, y pone en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población[154]. Es decir, un servicio deviene en esencial porque pone en peligro los mismos bienes jurídicos y derechos que se tutela con los servicios esenciales en sentido estricto del término.

En último lugar, la OIT ha permitido la prestación de servicios mínimos en aquellos servicios públicos de importancia trascendental[155]. Concretamente, el Comité de Libertad Sindical consideró que concurrían las circunstancias para poder imponer un servicio mínimo de funcionamiento en relación con las huelgas de trabajadores de empresas de un servicio de transbordadores; en la empresa nacional de puertos de un país; metro; en el sector de transporte ferroviario en los casos de suspensión total y prolongada; transporte de pasajeros y mercancías; servicios de correos; servicios de recolección de basura; las huelgas de trabajadores de la empresa, previa negociación entre las partes en huelgas de larga duración

del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica", en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* Nº 73, p. 352- 355.

[153] Oficina Internacional del Trabajo Ginebra (2018), La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición, pp. 157- 159.

[154] OIT (2006), Op. cit., párr. 582, p. 125.

[155] Ibíd., párr. 606, p. 131.

del sector de educación, y; en una división de sanidad animal ante el brote de una enfermedad altamente contagiosa[156].

5.6. Derecho de huelga en la nueva constitución

La huelga en la nueva constitución debiera ser reconocida como un derechos constitucional, cuyos fines sean los que las y los trabajadores determinen, estableciendo que podrá ser limitada por servicios esenciales para la población y que las limitaciones al ejercicio del derecho de huelga no podrán importar la anulación del derecho.

En opinión de Ugarte, Toledo y Marzi, debiera establecerse constitucionalmente como línea roja para el legislador que los servicios mínimos son una garantía para derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto laboral, descartando los supuestos vinculados a intereses del empleador. Además, determinar que el órgano resolutivo final a falta de acuerdo en la negociación de las partes involucradas (representaciones sindicales y patronales) sea un órgano autónomo del gobierno, de carácter especializado, evitando que se produzcan cambios de criterio determinados por los cambios de signo político de los gobiernos, como muestra el actuar de la Dirección del trabajo en los últimos años.[157]

Asimismo, la constitución debe establecer que las limitaciones que pesen sobre la huelga no deben anular su ejercicio.

6. Reflexiones dirigentes sindicales

Durante el desarrollo de los talleres sobre Trabajo y Nueva Constitución, las y los dirigentes sindicales que integran la Confederación de Sindicatos Bancarios y Afines, reflexionaron:

- Actualmente las organizaciones sindicales no pueden realizar su propio plan de acción, no pueden ejercer sus derechos salvo en el minúsculo espacio que la legalidad le permite: negociaciones regladas, huelga reglada, actividades que no afecten el derecho de propiedad, etc.
- La patronal controla por arriba y por abajo a los sindicatos.
- Se pueden armar sindicatos que pueden ser controlados.
- Dentro de los sindicatos, algunos afiliados y afiliadas están enfocadas en aspectos asistencialistas como aguinaldo, regalos.
- La ley permite creación de diversos sindicatos, pequeños.
- Sindicatos no vieron cómo involucrarse y acercarse a la política y los cambios que están ocurriendo.
- Ha habido una malinterpretación de la autonomía política del movimiento sindical.
- La autonomía sindical es importante, debe garantizarse.
- Autonomía sindical es importante si se garantiza.

[156] Ibíd., párrs. 615- 626, pp. 133- 135.
[157] Ugarte, José Luis ; Toledo Corsi, César; y Marzi Muñoz, Daniela, Op. cit.

- Importancia de la actividad sindical en lo político como, por ejemplo, asistir al congreso a manifestar opiniones sobre proyectos de ley, haberse involucrado en el problema de la seguridad social a través de la Coordinadora NO+AFP, trabajo en la Convención Constitucional.
- La negociación colectiva está marcada por la atomización sindical, es asistencialista, se buscan beneficios de carácter individual.
- La Constitución debe dotar de poder a los trabajadores y organizaciones sindicales para negociar colectivamente.
- La cobertura de la negociación colectiva no sólo tiene que limitarse a los trabajadores afiliados, sino que a los trabajadores en general, porque en su mayoría no está afiliado al sindicato.
- La Constitución vigente nos ha dejado como meros dadores de beneficios, la gente lo ve así al sindicato y la negociación colectiva.
- Se reprocha la falta de participación política del movimiento sindical. Hay un purismo malentendido.
- Ante la pregunta ¿Están preparados los sindicatos para negociar ramalmente? Los y las dirigentes reflexionan:
  - Los sindicatos como los nuestros podrían incidir, incluso, en el financiamiento de los bancos a empresas que contaminan el medio ambiente, o integrantes del directorio
  - Tenemos ejemplos de negociación ramal que se pueden mejorar como los trabajadores públicos, es lo más cercano que se negocia por sector.
- La prohibición de participar en actividades políticas partidistas es reactiva a la participación y protagonismo que el mundo sindical tuvo en el pasado.
- Existe autolimitaciones o autocensura de líderes sindicales en participación política y en organizaciones de la sociedad civil.
- Se debe garantizar la organización sindical en todo nivel y libertad de acción.
- Existe otros instrumentos para dividir el poder sindical: división de las empresas en sociedades (identidades legales determinadas: multirut; grupos de empresas); modalidades de contratación; externalización de trabajadores y áreas o unidades de la empresa. La disgregación del potencial poder sindical, a partir de la división de las y los trabajadores, es posible de contener desde el poder sindical sacando la actividad sindical –incluyendo la negociación colectiva- desde el nivel de empresa como única instancia legítima y obligatoria para el empleador.
- Pensar en la transformación y globalización del trabajo, visualizar una organización efectiva de cara a los cambios. También la nueva constitución debe ver estos temas.
- Lo más importante es darse cuenta de que lo que conocemos como derechos colectivos, especialmente con una huelga coherente con la libertad sindical, no es lo que garantiza en la ley.
- Es necesario un cambio ideológico en la mentalidad de los trabajadores para que tenga sentido organizarse.
- La discusión constitucional nos permite hablar por sobre la ley y los procedimientos en que están encapsulados el ejercicio de los derechos colectivos.
- Es importante que la Constitución garantice los derechos colectivos, institucionalmente es necesario.

- Es importante que se garantice los derechos colectivos pero que tengan resonancia en la ley, que la ley sea acorde a la Constitución.
- Sobre la huelga:
  - Buscar que se garantice como un derecho fundamental;
  - Que diga que sólo es un derecho, sin limitaciones;
  - Lo que tenemos hoy sobre huelga comienza negando el derecho.
  - Es la base de todo el sistema de relaciones laborales
  - Que la nueva constitución no sea negacionista, sino que la potencie como un derecho.
  - Garantizar su contenido de derecho fundamental como un contenido mínimo.
  - Que todos los trabajadores tengan derecho a huelga.
  - A nivel legal, que sea conocida como una herramienta efectiva de presión, un vehículo para ejercer presión al empleador para lograr sus demandas, como la repartición de utilidades.
  - A nivel legal, que no sea la última instancia en la negociación colectiva, que la huelga sea un derecho que se pueda ejercer en cualquier momento.

7. Propuestas de redacción normas constitucionales los derechos colectivos de las y los trabajadores

Esta Confederación es partidaria de constitucionalizar los siguientes principios, derechos colectivos y prerrogativas:

Precepto constitucional sobre el derecho de sindicación o sindicalización:

> "El derecho a la sindicación, libertad y autonomía sindical.
>
> El derecho a constituir organizaciones sindicales que estimen conveniente, en cualquier nivel, de carácter nacional e internacional, a afiliarse y desafiliarse de ellas, a darse su propia normativa, trazar sus propios fines y realizar su actividad sin intervención de terceros.
>
> El Estado deberá permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente, absteniéndose de toda intervención que limite este derecho y garantizándoles su autonomía.
>
> Las y los dirigentes sindicales elegidos por los trabajadores gozan del derecho a la información y consulta, así como a la protección legal adecuada contra cualesquiera formas de condicionamiento, coacción, persecución o limitación del ejercicio legítimo de sus funciones
>
> La ley podrá establecer un sistema de representatividad sindical para ejercer derechos sindicales colectivos, siempre que se base en criterios razonables.
>
> Una organización sindical no podrá ser disuelta por decisión administrativa."

Precepto constitucional sobre el derecho de negociación colectiva:

"El derecho de las organizaciones sindicales a negociar colectivamente en todo nivel y sector de la economía.

El Estado deberá promover y garantizar la negociación colectiva en todo nivel, creando las condiciones necesarias para su desarrollo y efectividad.

Las organizaciones sindicales tendrán el derecho preferente y excluyente de negociar colectivamente.

Precepto constitucional sobre participación de las y los trabajadores en la empresa:

"El derecho a participar de las decisiones económicas de las empresas"

Precepto constitucional sobre el derecho de huelga:

"El derecho de huelga.

Compete a las y los trabajadores definir el ámbito de los intereses que se propongan defender mediante la huelga, ámbito que no podrá ser limitado por la ley.

La huelga podrá ser limitada en su ejercicio producto de la provisión de servicios mínimos necesarios en aquellos servicios esenciales para la vida, salud o seguridad de la población.

Toda limitación al ejercicio de este derecho deberá ser establecida por ley, respetará su carácter de derecho fundamental y no anulará su ejercicio."

Bibliografía:

ÁLVAREZ, Eduardo (2012), "Los Conflictos Colectivos de Trabajo y el Derecho de Huelga", en: SIMON, Julio César (Dir.), *Tratado de derecho colectivo del trabajo* (Buenos Aires, La Ley), Tomo II.

Aravena, Javiera (2017). Derecho de huelga y servicios mínimos. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional Universidad Diego Portales.

Atria, Fernando, Salgado, Constanza y Wilenmann, Javier. Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional, LOM Ediciones, 2017.

Barbagelata, Héctor-Hugo (1995). El pluralismo del Derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.

Bravo, Juan (2021), DOCUMENTO DE TRABAJO Nº1. Trabajo y nueva Constitución: antecedentes y propuestas para el debate, Observatorio del Contexto Económico (OCEC) UDP.

Caamaño, Eduardo y Ugarte, José Luis (2010), Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico (Santiago: Legal Publishing),

Central Unitaria de Trabajadores (2021), Propuesta constitucional del mundo sindical: Un nuevo Chile desde las múltiples dimensiones del Trabajo Decente.

Courtis, Christian (2006), Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, Christian Courtis Comp., Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dirección del Trabajo, ENCLA 2019. Informe de resultados Novena Encuesta Laboral.

Durán, Gonzalo y Kremerman, Marco (2020), Los Verdaderos Sueldos de Chile, Documentos de Trabajo del Área de Salarios y Desigualdad Panorama actual del Valor de la Fuerza de Trabajo usando la Encuesta Suplementaria de Ingresos ESI (2019), Fundación Sol.

Ermida, Oscar (1995), Protección contra los actos antisindicales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

____ (1991). Sindicatos en Libertad Sindical, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Segunda Edición.

Federici, Silvia (2018). El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo. Traficantes de sueños, Madrid,

Gamonal Contreras, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Tercera Edición, Der Ediciones Limitada, 2020.

____ (2011), Fundamentos de Derecho Laboral, Santiago, Legal Publishing.

Gamonal C., Sergio y Arellano O. Pablo, *Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa*, Revista Ius et Praxis vol.24 no.3, Universidad de Talca, dic. 2018.

García, Gonzalo y Contreras, Pablo (2014), Diccionario Constitucional Chileno, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N°55.

GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio (2000), "Principios de la OIT sobre la negociación colectiva", en: Revista Internacional del Trabajo OIT, Vol. 119 N° 1.

Kahn- Freund, Otto (1987), Trabajo y Derecho, Tercera Edición, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social español.

Lastra, José Manuel. *Baylos Grau, Antonio, ¿Para qué sirve un sindicato?, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2012, 157 pp*. Recensión de libro. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 138.

MARZI, Daniela (2015), "Servicios mínimos y reemplazo en la huelga en el proyecto de Reforma al Derecho Colectivo: el sendero de un legislador sin convicción".

Nogueira, Humberto (2008), Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Librotecnia.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2018), La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta edición (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo).

____ (2016), Negociación colectiva: guía de políticas, Lima.

____ (2006), La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo).

PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel (2009), *Derecho del trabajo* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

Pozo Silva, Nelson y Ugarte, José Luis (2021). UNIDAD POR EL TRABAJO DIGNO. PROPUESTA PARA AFRONTAR EL PROCESO CONSTITUYENTE, Instituto de Formación Continua TIC Alliance.

QUINTANILLA, Raquel (2008), "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica", en: *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* Nº 73.

Squella, Agustín (2017), *Libertad,* Editorial UV de la Universidad de Valparaíso.

Toledo, César (2013), Tutela de la libertad sindical, Santiago, Legal Publishing.

TOLEDO, César y VARAS, Karla (2015), "La reforma laboral y los estándares internacionales de derechos humanos", *Informe anual sobre derechos humanos en Chile* (Santiago: Ediciones UDP).

Ugarte, José Luis (2021), “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. WEIMAR Y SUS ANTEPASADOS” 2021, en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 33, julio-diciembre de 2021, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

____ (2018), Derechos fundamentales, tutela y trabajo, Legal Publishing, Santiago.

____ (2016). Huelga y Derecho, Legal Publishing Chile.

____ (2015), “Proyecto de agenda laboral: un paso a ninguna parte”, pdf, presentado a la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados.

____ (2014). Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica, Legal Publishing.

Ugarte, José Luis ; Toledo Corsi, César; y Marzi Muñoz, Daniela (2021), El Trabajo en la Nueva Constitución, Plataforma Contexto+.

VALVERDE, Antonio (1986), “Limites del derecho de huelga en la Administración”, en: *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 6 Nº 18.

Yáñez Espinoza, M. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno sobre tratados internacionales: el específico caso de las cláusulas autoejecutables y no autoejecutables. Derecho del Estado n.° 37, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2016.