

NUEVA CONSTITUCIÓN Y EL MUNDO DEL TRABAJO

- Nuestra actual Constitución consagra en el artículo 19 N°16 la “libertad de trabajo y su protección”, punto sobre el cual hay quienes señalan que dicha redacción debiese modificarse para consagrar el “derecho al trabajo”, lo cual debe ser analizado en detalle por los efectos que tendría.
- Cada regulación que se incorpore en la nueva Constitución sobre materias laborales tendrá, se quiera o no, un efecto directo en la economía y en la vida de las personas, no sólo como sustento de las mismas, sino también como espacio para el desarrollo de la dignidad humana, por lo que la forma en la que finalmente queden plasmadas estas materias debe considerar todos los efectos alternativos y secundarios que traerán consigo, debiendo promoverse un debate con visión de largo plazo, panorámico e integral.
- La Constitución debe velar porque el derecho a negociar pertenezca a los trabajadores con independencia de si están o no afiliados a un sindicato, lo que es coherente con el derecho a la libertad de asociación y con el hecho de no ser obligado a sindicalizarse, los que, a nuestro juicio, son intransables si se quiere mantener una protección adecuada del trabajador (como individuo) dentro de la relación laboral.

A raíz de la pandemia, se ha evidenciado no sólo lo vital que es la creación de puestos de trabajos para el desarrollo económico, el crecimiento del país y la entrega de mejores estándares de vida a la población, sino también lo frágil que es y, por lo tanto, lo importante que resulta su correcta protección y regulación. Es así como el INE reportó los resultados de su encuesta de empleo del trimestre móvil febrero-abril del presente año¹, en donde la tasa de desempleo fue de 10,2%, con un incremento de 1,2 puntos respecto de lo observado un año atrás, que era de 9%, teniendo ya esta última cifra los primeros efectos de las cuarentenas que se iniciaron en marzo del 2020.

Sin embargo, la pandemia provocó una salida masiva de personas desde el mercado laboral por lo cual una mejor medida del desequilibrio es la SU3, estimada por el INE, donde se incluye a los desocupados más la fuerza de trabajo potencial, que llega a 21,2% en el último trimestre. Hace un año, la SU3 era de 23,8%, siendo el peor momento de esta crisis el trimestre mayo-julio 2020 cuando llegó a 30,2%, lo que da cuenta del profundo impacto de esta pandemia sobre el mercado laboral.

Así, cada regulación que se incorpore en la nueva Constitución sobre materias laborales tendrá, se quiera o no, un efecto directo en la economía y en la vida de las personas, no sólo como sustento de las mismas, sino también como espacio para el desarrollo de la dignidad humana, por lo que la forma en la que finalmente queden plasmadas estas materias debe considerar todos los efectos alternativos y secundarios que traerán consigo, debiendo promoverse un debate con visión de largo plazo, panorámico e integral. Adicionalmente, el mundo del trabajo ha cambiado y evolucionado en los últimos años debido, entre otros factores, a la irrupción de las tecnologías, que han permitido trabajar de maneras que antes eran inimaginables, pero que al mismo tiempo envuelven el riesgo de la automatización de ciertas labores, y al rol que el trabajo ha ido adquiriendo para la sociedad, adaptándose a los diferentes estilos de vida de cada generación, y con ello, la búsqueda de mejores equilibrios entre la vida laboral y la personal.

De hecho, el INE reportó que en enero de 2021, un 17,5% de los trabajadores realizó labores a distancia o bajo la modalidad de teletrabajo. Esta modalidad de trabajo se concentra en las personas trabajadoras de los sectores de información y comunicaciones (58,3%), suministro de electricidad y gas (50,8%), enseñanza (41,7%) y actividades financieras y de seguros (39,1%). La cifra es menor a la registrada en octubre de 2020, en que el 22,4% de los trabajadores y trabajadoras realizó labores a distancia o bajo la modalidad de teletrabajo.

Considerando lo anterior, los cambios que se incorporen a la nueva Constitución sobre la materia, o incluso la mantención de su actual regulación, deben dejar espacio a los cambios y nuevas dinámicas del mercado laboral como, por ejemplo, la transformación de los espacios de trabajo y su valor para la sociedad, lo que es dinámico y evolutivo en el tiempo. En este sentido, las demandas o problemas actuales deben ser abordados sin afectar la flexibilidad que el mundo del trabajo deberá tener para adaptarse a los nuevos escenarios, aún desconocidos.

En nuestra opinión, los aspectos antes señalados deben ser los elementos esenciales que caractericen el debate laboral en la Convención Constituyente. Con todo, y entendiendo la multiplicidad de materias que se pueden abordar en esta área, trataremos algunas de las discusiones que podrían darse en dicha instancia, sin que la siguiente enumeración sea taxativa:

1. ¿Libertad de trabajo o derecho al trabajo?: nuestra actual Constitución consagra en el artículo 19 N° 16 la “libertad de trabajo y su protección”, punto sobre el cual hay quienes señalan que dicha redacción debiese modificarse para consagrar el “derecho al trabajo”, tal como se establece en el proyecto de reforma constitucional

presentado por la ex Presidenta Michelle Bachelet en el año 2018, entendiendo que así la protección que se entregaría a los trabajadores sería más robusta.

En este mismo punto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) propone además que nuestra nueva Carta Magna consagre el “trabajo decente” como paradigma normativo, lo que convertiría a nuestro país en el primero en el mundo en consagrar una regulación de este tipo.

Para entender de mejor manera las diferencias que implican consagrar la “libertad de trabajo” vs “el derecho al trabajo” desde un punto de vista académico, hay quienes asocian la “libertad de trabajo” a la fase inicial de una relación laboral, restringiéndola únicamente a si se acepta o no un determinado puesto de trabajo, mientras que el “derecho al trabajo” se entiende como el derecho de toda persona a obtener o acceder a un empleo cuando se encuentre en su búsqueda, o incluso hay quienes van más allá, y consideran que también implicaría el derecho a conservar el empleo, por lo que directamente implica que el Estado realice acciones que incentiven la generación de empleo para que nadie se quede sin la oportunidad de acceso cuando así libremente lo quiera.

Justamente las diversas apreciaciones entre una disposición y otra han incidido en la consagración del “trabajo” en otras constituciones, las cuales son variadas: algunas establecen directamente el “derecho al trabajo”, otras en cambio lo regulan como el “derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, una tercera regulación lo consagra como un deber del Estado para asegurar este derecho por medio de la promoción de políticas de pleno empleo, la igualdad de oportunidades en la elección del trabajo y la formación de los trabajadores y, finalmente, otros como Venezuela, vinculan el derecho al trabajo con las restricciones en el despidoⁱⁱ.

En línea con lo anterior, y para efectos de determinar la forma más adecuada de establecer las normas laborales en la Constitución, se debe tener en cuenta que si se consagra finalmente el “derecho al trabajo”, la Constitución no tiene la capacidad de asegurar que todas las personas tendrán un trabajo, y si bien el promover y crear empleo corresponde a una tarea propia de las políticas públicas, éstas tampoco pueden garantizar el empleo, ya que la creación de puestos de trabajo depende de múltiples factores en donde las nuevas inversiones, innovación y las oportunidades para emprender son muy relevantes, cuestión que los constituyentes deben asimismo considerar. En este punto, y para ejemplificar lo señalado, si se consagrara el “derecho al trabajo”, se entendería entonces que el Estado debe realizar todas las acciones posibles para que nadie quede sin la oportunidad de trabajar. Una de estas posibles acciones sería que el sector público tuviese que emplear a todos

aquellos que no tengan empleo en el sector privado, lo que parece absurdo y poco adecuado si se considera que el aumento del tamaño del Estado es inversamente proporcional a su eficiencia y que además implica un mayor costo de mantención, el cual es finalmente pagado por la ciudadanía.

En cuanto a la “libertad de trabajo”, y tal como señala la doctrina en materia laboral, esta significa que *“a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución”*ⁱⁱⁱ. Sobre la base de la definición es posible entender que nuestra actual garantía constitucional envuelve cuatro aspectos: (a) el derecho de toda persona a trabajar con su consentimiento, sin ser forzada u obligada a desarrollar una labor; (b) la libertad de contratación que supone el poder escoger, libremente, a la persona, la labor y las condiciones en que se contratarán los servicios, teniendo únicamente como límites aquellos establecidos por ley, (c) la imposibilidad de sufrir discriminaciones arbitrarias, y (d) el derecho a recibir una justa retribución. En este mismo sentido, y realizando una bajada práctica de la norma constitucional, nuestro Código del Trabajo establece expresamente que se reconoce la función social que cumple el trabajo y la libertad y dignidad que deben revestir las relaciones laborales. En este sentido, estimamos que lo correcto sería mantener la “libertad de trabajo” en la nueva Constitución ya que dicha garantía se ha entendido en términos amplios y favorables para los trabajadores, entregando además un margen de actuación para otros factores económicos relevantes en la materia, lo cual no ocurriría en caso de garantizarse el “derecho al trabajo”.

Por último, y respecto de la incorporación del “trabajo decente”, y tal como la misma OIT lo indica, este es un concepto que *busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno*^{iv}. Por lo tanto, y pese a la complejidad que puede significar su materialización al ser un término en construcción, sería interesante explorar su alcance y, tras un mayor análisis, determinar si es conveniente o no su incorporación en la nueva Carta Magna, teniendo en cuenta que nuestra regulación ya contempla varios de los pilares que lo sustentan^v.

2. Negociación colectiva y rol de los sindicatos: nuestra actual Constitución ya establece este derecho entre los trabajadores y la empresa en la cual trabajan. En base a esta regulación, se desprenden muchos temas esenciales para la regulación laboral y que generan controversia, dentro de los cuales, y por motivos de extensión del presente Tema Público, sólo abordaremos los siguientes:

(a) La titularidad sindical, actualmente la Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores con la empresa en la que trabajan. El proyecto de reforma constitucional presentado en el año 2018 por la ex Presidenta Michelle Bachelet buscaba reconocer este derecho, pero únicamente respecto de los sindicatos, regulación que se encontraba en la misma línea que la propuesta inicial de reforma laboral del año 2016, la cual fue declarada inconstitucional ya que se hizo primar el derecho a la asociación, y la existencia de grupos negociadores.

Sobre este aspecto, la propuesta “Con Control de Cambios”^{vi} (CCDC) establece que el derecho a negociar pertenece a los trabajadores con independencia de si están afiliados o no a un sindicato, lo que es coherente con el derecho a la libertad de asociación (artículo 19 N° 15) y con el hecho de no ser obligado a sindicalizarse, derechos que, a nuestro juicio, son intransables si se quiere mantener una protección adecuada del trabajador (como individuo) dentro de la relación laboral.

En directa relación con lo anterior, y según cifras entregadas en abril del 2019 por el Consejo Superior Laboral, la tasa de sindicalización en Chile, de 20,9%^{vii}, se ubicaba por debajo del promedio de los países OCDE, que es de 30%. Si bien superamos a países como Holanda (19,8%), Alemania (19,2%) y Colombia (18,5%), estamos lejos de Islandia (92%), Dinamarca (71%), Suecia (71%) y Finlandia (65%)^{viii}.

Finalmente, y sobre este punto, es interesante señalar que en Latinoamérica la única Constitución que establece como obligatoria la participación de los sindicatos en la negociación colectiva es la de Brasil, no encontrándose una disposición similar en las constituciones europeas revisadas^{ix} y tampoco su reconocimiento a nivel internacional.

(b) Negociación colectiva por rama de actividad económica, actualmente a nivel constitucional sólo se permite la negociación colectiva de los trabajadores en la empresa en la cual trabajen. En este punto, la propuesta de la ex Presidenta Bachelet permitiría, por medio de la ley, negociar por rama de actividad económica, a partir de lo cual un contrato colectivo regularía las condiciones comunes de trabajo para todo un sector económico. En este punto no compartimos la propuesta antes señalada ya que se debe tener en cuenta que la realidad de cada empresa y su tamaño, aun cuando pertenezca a un mismo sector económico, es distinta, además de que los derechos y obligaciones que emanan de la relación laboral, sólo vinculan al trabajador con el empleador respectivo, por lo que permitir negociar a trabajadores que no forman parte de la empresa resulta contraproducente y contribuiría únicamente a empoderar al sindicato por sobre el trabajador individualmente considerado. De hecho, obligar a las pymes a entregar los mismos

beneficios de las grandes empresas pudiera traducirse en una mayor concentración económica, si producto de ello sale un mayor número de empresas más pequeñas del mercado.

3. Derecho a huelga: sobre este derecho hay discusión respecto a si efectivamente se consagra o no en la Constitución. Hay quienes argumentan principalmente que se encuentra contenido en el derecho a la libertad sindical y que considerando que en la Constitución se indica a los que no pueden declararse en huelga, la interpretación *a contrario sensu*, es que si lo restringe es porque lo consagra. En este mismo sentido lo ha entendido la jurisprudencia laboral. Con todo, su regulación está consagrada en las leyes. En este punto, la Constitución establece quiénes no pueden declararse en huelga: (a) los funcionarios del Estado; (b) los funcionarios municipales^x, y (c) quienes presten 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 proyecto constitucional de la ex Presidenta Bachelet considera el reconocimiento expreso de este derecho, manteniendo los trabajadores y circunstancias en las cuales no está permitida, punto en el cual coincidimos, toda vez que la doctrina y la jurisprudencia señalan que el derecho a huelga ya está reconocido a nivel constitucional, por lo que simplemente se estaría otorgando mayor certeza en la materia. De esta forma, nuestra Constitución se sumaría a las de países como Colombia, México, Francia, Italia, España y Uruguay, que también reconocen este derecho.

Asimismo, compartimos la propuesta de CCDC al incluir que la huelga debe ser pacífica y extender que la prohibición de declararse en huelga también comprende la prohibición de paralizar o suspender las funciones.

4. Fortalecimiento de la igualdad entre hombres y mujeres: si bien la Constitución no reconoce explícitamente este principio, sí regula expresamente la prohibición de toda discriminación arbitraria (artículo 19 No. 16), entendiéndose dentro de ésta aquella fundada en el sexo, además de la regulación consagrada en el artículo 1° que establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. El proyecto de reforma constitucional de la ex Presidenta Michelle Bachelet, establece expresamente la prohibición de establecer discriminaciones en materia salarial entre hombres y mujeres, lo que recoge la regulación del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo.

En este punto, tanto la propuesta de CCDC, como la de Horizontal^{xi} proponen una regulación más robusta en esta materia, para fortalecer la igualdad entre hombres y mujeres, considerando únicamente la capacidad o idoneidad personal.

REFLEXIONES FINALES

El mercado del trabajo es el principal generador de ingreso de los hogares y una Constitución que pretenda que ello no será afectado por ninguna crisis económica es una falsa promesa de protección, tal como lo ha demostrado esta pandemia. La Constitución debe velar para que el derecho a negociar pertenezca siempre a los trabajadores, con independencia de si están o no afiliados a un sindicato, lo que es coherente con el derecho a la libertad de asociación y con el hecho de no ser obligado a sindicalizarse, derechos que, a nuestro juicio, son intransables si se quiere mantener una protección adecuada del trabajador (como individuo) dentro de la relación laboral.

ⁱ https://www.ine.cl/docs/default-source/ocupacion-y-desocupacion/boletines/2021/pa%C3%ADs/bolet%C3%ADn-empleo-nacional-trimestre-m%C3%B3vil-febrero-2021---marzo-2021---abril-2021.pdf?sfvrsn=f32bd440_6

ⁱⁱ **Constituciones latinoamericanas revisadas en este punto:** Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. **Constituciones europeas:** España, Luxemburgo, Portugal y Rumania.

ⁱⁱⁱ EVANS, Enrique. "Derecho Constitucional", Editorial Jurídica, pág. 232

^{iv} https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm

^v Conforme la propia OIT: *El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres.* Disponible en: <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

^{vi} Propuesta Constitucional "Con Control de Cambios: Construyendo propuestas constitucionales desde la Sociedad Libre". Disponible en: <https://concontroldecambios.cl/wp-content/uploads/2021/01/Documento-Constitucional.pdf>

^{vii} <https://www.ciedess.cl/601/w3-article-5335.html>

^{viii} Cifras extraídas de: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/una-labor-pendiente-la-constitucion-y-el-derecho-al-trabajo-y-huelga/LA5WRXRA65BLPLOOMLKAHF45HA/>

^{ix} Portugal, Grecia, Italia, Francia, España y Polonia.

^x Tanto para funcionarios del Estado, como municipales la imposibilidad de declararse en huelga radica en el carácter monopólico de los servicios que prestan.

^{xi} Propuesta "Una Constitución Liberal debe tener enfoque de género" (abril 2021). Disponible en: <https://www.horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2021/04/PCEG.pdf>