



Centro de estudios del desarrollo

f /CentrodeEstudiosdelDesarrollo

@ced.cl

@ced_cl

Novedades

23/12/2021

Política

Consideraciones para una Constitución laboral

25/11/2021

Política

Solidaridad territorial como paradigma de la descentralización: aportes conceptuales para una nueva Constitución

08/11/2021

Política

Reforma de los partidos políticos en Chile: una aproximación sistémica

27/10/2021

Política

Consideraciones sobre la fundamentación de la jurisdicción constitucional

06/10/2021

Políticas Sectoriales

Seguridad Social: pensiones en contexto de Pandemia y nueva Constitución

Acerca de

Este informe ha sido revisado por el Consejo Editorial de Asuntos Públicos. El contenido no representa necesariamente la opinión del Centro de Estudios del Desarrollo, CED.

©2021 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

Informe N°1411

Política

23/12/2021

Consideraciones para una Constitución laboral¹

Francisco Tapia Guerrero²

Introducción

Esta presentación está relacionada con un informe técnico que elaboré para la OIT³. Se trata de las consideraciones para una Constitución laboral, en que se expone el estado del arte en materia laboral constitucional en los países del sur de América y constituciones de otros países. El objetivo ha sido poner estos antecedentes a disposición de los mandantes de la OIT, empleadores, trabajadores y Estados para su debate. Por lo tanto, por una parte tiene un enfoque más bien descriptivo y, por la otra, hay proposiciones y opiniones concretas. Básicamente, es un informe que recae sobre los derechos fundamentales en el trabajo y su relación con el constitucionalismo social, teniendo presente, lo que me parece, es el desafío de la construcción de un Estado Constitucional Social y Democrático de derecho revisando la evolución y lo que está pasando con los derechos fundamentales en el trabajo en el derecho constitucional comparado.

El informe para la OIT consta de 6 capítulos. El capítulo 1 referido al constitucionalismo social. Básicamente, una referencia muy breve a la evolución chilena, en la cual tenemos que destacar el papel que juega la Constitución de 1925 como la cuarta o quinta Constitución que incorpora derechos sociales en su texto y muy principalmente, la reforma constitucional de 1970-71 que amplió el catálogo de derechos en forma importante, después sustituida por el texto de la Constitución de 1980. La Constitución del '25 constituye una expresión de constitucionalismo social, de su progresión, gradualismo y completitud, en el sentido del progreso en materia de reconocimiento de derechos.

Los capítulos 2 a 5 tratan el derecho fundamental. El capítulo 2 está referido a la dignidad de la persona como centro de la Constitución, tomando las experiencias comparadas. El capítulo 3 habla de los derechos fundamentales y de cómo están regulados en las constituciones, como categoría y como normas. El capítulo 4 aborda los derechos fundamentales del trabajo con base en la declaración de 1998 de la OIT y, finalmente, el capítulo 5, analiza otros derechos constitucionales en las constituciones comparadas, básicamente las de los países de América del

¹ Presentación realizada en el seminario "Trabajo Decente y Derechos Fundamentales en la Nueva Constitución" organizado por el Centro de Estudios del Desarrollo, CED, el día 3 de noviembre de 2021.

² Abogado y académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

³ Acceso: https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/informes-tecnicos/WCMS_793384/lang-es/index.htm

Sur: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Además, cuatro constituciones que me parecen relevantes desde la perspectiva política constitucional: la de Alemania, que es un referente fundamental a partir de su artículo primero y toda la doctrina que nace de su Tribunal Federal Constitucional, la Constitución italiana que, además de ser una Constitución, de la posguerra y democrática, tiene además un contenido y un lenguaje muy relevante; y dos experiencias constitucionales pos dictatoriales que se inscriben en el Estado Social de Derecho como son la portuguesa de 1976 y la española de 1978, que es, además, muy cercana a la realidad chilena.

Proposiciones para una Constitución Laboral

Primero, la persona está en el centro de la Constitución, o sea, su dignidad como la cuestión fundamental a tratar, más allá de los sistemas económicos, sociales y políticos. Un poco pensando en esa definición del artículo primero de la Constitución alemana que la dignidad de la persona es intangible y de qué forma esto se debe tratar como el valor absoluto en la Constitución, que deriva después en los principios y en las normas constitucionales.

Segundo, una Constitución no neutra, una Constitución que acoge plenamente la declaración de Filadelfia en 1944: el trabajo no es una mercancía. En consecuencia, lo que se está regulando acá es la actividad de las personas y, por lo tanto, deriva esto en derechos fundamentales.

Tercero, es que me parece que ya no basta con el trabajo; hay que hablar del trabajo decente, vale decir, el trabajo productivo, sustentable e inclusivo. En términos amplios, además, no solamente referido al trabajo mismo y a los derechos laborales, sino que lo que significa la vida digna y el diálogo social como un imperativo también de la sociedad democrática.

Cuarto –y aquí me parece que hay un tema relevante– es que la Constitución obedece a su tiempo: el tiempo de la Constitución del 25 fue de su época, con sus condiciones sociales, económicas y políticas de la época. Hoy estamos pensando una Constitución para el siglo XXI, por lo tanto, ajustada a los requerimientos de una carta de convivencia social política e institucional que responda a los desafíos del siglo XXI. Yo creo que el catálogo de derechos que está establecido más o menos en todas las constituciones americanas y europeas relevantes está suficientemente afianzado; sabemos de qué tratan, sin embargo, es necesario ir más allá a los requerimientos de nuestro tiempo.

Nuevos desafíos: Irrupción tecnológica y fenómenos naturales

Tenemos nuevos desafíos. A mi juicio, vienen del entorno de las relaciones laborales, básicamente a través de dos fenómenos muy invasivos que hemos vivido y estamos viviendo en lo cotidiano.

Primero, la irrupción tecnológica, que está y va a seguir transformando las relaciones laborales y no sabemos hasta qué límites. Ya conocemos algunas de las modificaciones que esto ha llevado –estoy hablando del modo productivo– elemento que no es posible soslayar porque las nuevas tecnologías van a significar y han significado ya, cambios en la estructura empresarial, en la organización del trabajo, etc. Uno puede pensar que estos cambios que se están produciendo de alguna forma están superando o, al menos, están poniendo un desafío a las regulaciones cuando vemos, por ejemplo, que el elemento locativo, el lugar de trabajo, es irrelevante: ya no es necesario estar trabajando en un lugar determinado para desarrollar alguna función laboral y no sabemos de qué forma esto se va proyectando. En estos días se está empezando a dibujar un paso adicional en donde la persona que está en un lugar físico está también virtualmente en

otro. Eso va a tener su correspondencia en el trabajo y va a generar consecuencias en las relaciones laborales.

El modelo tipo de contrato de trabajo se ha construido sobre la base de la temporalidad como heredero del viejo arrendamiento de servicio. Hoy día las nuevas formas de organización del trabajo están llevando a la ejecución de obra. Eso significa tiempos muertos y va a tener efectos en la remuneración y también en la exclusividad o no en la dependencia laboral. Si los cambios son tan profundos, vamos a tener también este probable paso reiterado entre la dependencia y la autonomía. Ya lo estamos viendo; puede ser un trabajador dependiente que va a estar trabajando también autónomamente.

Eso significa, además, que hoy día el objeto de la protección constitucional debe ser el trabajo y no solamente el trabajo dependiente como parece desprenderse de las constituciones en términos generales: hay muy pocas constituciones –entre las americanas, me parece que solo dos de ellas– que hacen alguna referencia al trabajo autónomo. Y hay que atender a lo que hemos vivido ya con esto: este tránsito, esta ida y vuelta entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente y la necesidad de la protección social más allá de la seguridad social.

Por lo tanto, es un fenómeno que está ahí y que es una condición para tener una constitución viva, es decir, que los derechos que se reconocen sean efectivamente ejercidos por las personas.

El segundo desafío también lo estamos viendo: el de los fenómenos de la naturaleza y esta pandemia.

Nunca habíamos visto esta invasión tan masiva en la vida de las personas, de una epidemia o pandemia y como esto ha transformado nuestra forma de vivir, nuestra forma de trabajar, etc. No sabemos que viene tampoco en esto: cuando termine, no sabemos si vienen otras después.

Estamos viendo los efectos del cambio climático y de cómo la naturaleza empieza a responder a esta violencia que hemos ejercido contra ella y no sabemos qué van a significar los cambios climáticos.

Ya estamos viendo desplazamiento de poblaciones, por ejemplo o lugares que son productivos para algo y que no lo van a ser después. En fin, puede haber toda una serie de alteraciones que una Constitución debe reconocer en términos de derechos, pero también a través de un programa constitucional por la acción de un Estado activo: mecanismos de remedio para las soluciones que puedan afectar a la generalidad de los ciudadanos sobre todo cuando son masivos.

Aquí, desde el punto de vista jurídico, hay que recurrir a los principios y me parece que algunos, que eran exclusivos del trabajador dependiente, hay que pensarlos como principios aplicables al trabajo, sobre todo cuando se trata de este tránsito, de esta ida y vuelta entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo.

Derechos fundamentales en el trabajo (1998)

En términos de los derechos clásicos, la propuesta contiene todo lo que son los derechos fundamentales del trabajo en la Declaración de la OIT de 1998. Suscribo plenamente la doctrina contenida en los órganos de control de la OIT respecto del primero de éstos, libertad sindical y de los tres derechos y principios restantes (eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; eliminación de la discriminación en materia de ocupación y empleo) considero algunas propuestas.

Por un lado, me parece que tiene que haber algunos colectivos protegidos, no solamente los colectivos tradicionales si no además, un énfasis en los jóvenes, considerando la función del Estado en cuanto al trabajo y la educación para el trabajo y pensando en los 400.000 jóvenes que en Chile no trabajan ni estudian. He aquí un tema clave del que la sociedad chilena tiene que hacerse cargo por un imperativo democrático.

Por otro lado, me parece a mí que, además de estos cuatro derechos y principios fundamentales en el trabajo, debe incluirse la nueva cara del derecho al trabajo con base en lo antes señalado, es decir, un derecho al trabajo que no sea retórico sino que también implique una obligación del Estado de proporcionar todas las condiciones que hagan posible la creación de empleos dignos, de trabajo decente, la mantención de esos empleos y, desde luego, la satisfacción de las necesidades de las personas más vulnerables en la sociedad.

Garantía (normativa) de los derechos fundamentales

Hay algunas garantías que me parece que también tienen que establecerse. Este tema se comenzó a conversar a nivel internacional a partir del año 70 con la declaración tripartita sobre las empresas multinacionales de la OIT y después siguió con otras declaraciones de organismos de Naciones Unidas sobre la debida diligencia de los derechos humanos.

Me refiero más bien a los derechos fundamentales del trabajo, lo que significa que el Estado debe establecer políticas de prevención en el cumplimiento de los derechos fundamentales. Me parece a mí que esto debe hacerse extensivo también a las grandes empresas. Así como en términos de nuestro lenguaje jurídico laboral está el artículo 184 sobre el derecho a la vida y el deber de seguridad, también en términos de derechos fundamentales tiene que haber labores preventivas por parte de las empresas para evitar su vulneración, porque la actual legislación, con todos los atributos que tiene, actúa *ex post* y, por lo tanto, cuando ya esa relación se ha roto. En consecuencia, lo que debe procurarse ordenar a través de la disposición constitucional, obviamente con regulación legal y además con mucho diálogo social, es de qué forma establecemos los mecanismos para prevenir las vulneraciones de los derechos fundamentales en el trabajo.

Derecho al Trabajo

El tema del derecho al trabajo en la nueva Constitución es un tema crucial y, a mi juicio, ese es el primero de los derechos que hay que tratar de asegurar. Me parece a mí que las constituciones son bastante tímidas con respecto al derecho al trabajo. En particular, la nuestra no lo contempla y hay otras que se refieren más bien retóricamente al tema. En ese sentido, me gusta mucho la Constitución española: a la vez que establece en un capítulo en las garantías o derechos fundamentales, en otro lado establece los principios fundamentales y ahí está establecida la obligación del Estado. Entonces aquí tenemos que generar un mecanismo de vigencia efectiva del derecho porque tampoco las constituciones pueden transformarse en cartas mentirosas.

Las constituciones más recientes son una declaración de principios maravillosa, igual que las leyes, pero su cumplimiento es nulo. ¿Qué derecho al trabajo puede haber en una economía en donde hay un ochenta por ciento de informalidad? Ahí los trabajadores formales son los "privilegiados" de la sociedad y tenemos un 80%, 60% de informalidad. Esto significa que tenemos que hacer una Carta Fundamental que no engañe a

la gente y para eso hay que establecer mecanismos adicionales; no solamente el reconocimiento de los derechos sino que, además, obligaciones adicionales particularmente respecto del Estado. El Estado tiene que ser eficiente; no podemos seguir teniendo un Estado ineficiente y, en este sentido, la función pública tiene que responder y establecer los mecanismos adecuados de control democrático. Por eso es que me parece a mí que hay que hacer una revisión de las recomendaciones de la OIT, porque allí hay pautas: todo este tránsito de la informalidad a la formalidad en la Recomendación 204, todas las normas sobre relación de trabajo en la Recomendación 198.

Esto significa cuestiones concretas que deberían obedecer a un programa constitucional establecido. No digo que la Constitución establezca el programa de las medidas, pero sí de las obligaciones del Estado y las formas de control en el sentido de que el Estado esté cumpliendo con su función. Las personas son el fundamento del Estado; existe el Estado porque existimos nosotros y, en consecuencia, ese Estado tiene que estar al servicio de los derechos fundamentales. Por eso creo que hay que establecer la doble vía: por un lado, el derecho y, por otro lado, como las garantías. En conclusión, en cuanto al derecho al trabajo, me parece que es muy importante la función del Estado, un Estado activo, que se ocupa y que está controlado democráticamente cumpliendo su finalidad.

Otros derechos constitucionales

Incluidos entre las consideraciones para una Constitución laboral están los derechos constitucionales clásicos: libertad de trabajo y libertad de empresa, protección contra la violencia y acoso en el trabajo, diálogo social, y otros derechos laborales como regulación justa, etc. También tribunales superiores especializados del trabajo ya que con la telemática no existe inconveniente presupuestario y, por cierto, el reforzamiento de las Inspecciones del Trabajo.

Estado empleador y Diálogo Social

Igualmente, el reconocimiento pleno de los derechos de los funcionarios públicos con mecanismos de solución de los conflictos y de participación de los trabajadores en las empresas públicas. Esto ya está en la ley, pero es distinto a que esté en la Constitución.

Hay algunos temas necesarios de diálogo social tales como salario mínimo, políticas de empleo y de formalización de la economía. En este punto me gustaría recalcar, nuevamente, la Recomendación 198 y la Recomendación 204 de la OIT que hay que revisar, actualizar y, desde luego, aplicar como un imperativo del Estado.

También son temas la promoción del trabajo decente y las normas sobre participación de los trabajadores en las empresas de mayor tamaño, principalmente de información, y la integración de representantes de los trabajadores en los comités que se puedan establecer por la ley.

Reflexiones finales

Con el proceso de discusión de una nueva Constitución tenemos ahora una gran oportunidad: este es un proceso que nace de la voluntad popular; es una oportunidad para un diálogo político, un diálogo social limpio, pluralista y de respeto a los demás, recordando lo que dice la Declaración Universal de los Derechos Humanos en todas sus normas.

También tenemos el desafío de construir una sociedad basada en el bien común y en la solidaridad, y redactar una Constitución que represente los más altos grados posibles de consenso social y político y donde todos quepan, nadie debe estar excluido. Una Constitución plenamente democrática que se conozca, que se respete y se aplique.

Quiero terminar con una última reflexión: la sociedad la componemos todos. Por eso este desafío constitucional es una gran invitación a todos a participar en esta elaboración colectiva, es una gran oportunidad histórica y sin exclusiones, sin odiosidades y sin todo lo que significa establecer guetos porque, al final, somos todos partes de una misma realidad y tenemos que construir para esa realidad y para todos nosotros.