



Centro de estudios del desarrollo

f /CentrodeEstudiosdelDesarrollo

@ced.cl

@ced_cl

Informe N°1422

Política

22/06/2022

Mecanismos de protección de derechos fundamentales laborales¹

Romina Urzúa Arce²

Novedades

22/06/2022

Política

Mecanismos de protección de derechos fundamentales laborales

10/05/2022

Política

Dignidad Humana en la Nueva Constitución

27/04/2022

Sociedad

La escuela bajo tensión

11/04/2022

Sustentabilidad

Una gobernanza de actores subnacionales y no estatales para la acción climática: El caso de ACA Chile

21/03/2022

Política

Algunas preguntas sobre dignidad humana en la nueva Constitución

03/03/2022

Política

Solidaridad territorial para la descentralización: aportes para el proceso constituyente desde la experiencia comparada

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.

©2022 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

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

Presentación

El objetivo de mi presentación es abrir la reflexión sobre un tema que, por lo general, tiene un rol un poco más secundario que el catálogo mismo de derechos que se consagran en una Constitución. Trataré de introducir el tema de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales y, específicamente, de los derechos sociales, dentro de los cuales se encuentran los derechos fundamentales laborales. Históricamente, éstos han tenido una mayor conflictividad a la hora de establecer mecanismos de protección, principalmente porque se asocian a derechos de prestación y, por lo tanto, se subordinan a la capacidad económica de los Estados. En consecuencia, siempre han sido derechos con una protección o mecanismos de protección más débiles.

Lo primero que quisiera reflexionar es por qué es importante pensar en torno a la idea de la necesidad de establecer constitucionalmente garantías de los derechos fundamentales. Aquí trataré de sintetizar lo planteado por Luigi Ferrajoli, quien señala que la inexistencia de una garantía no supone, en modo alguno, la inexistencia del derecho puesto que la relación entre la expectativa –es decir, el derecho– y la garantía no es de naturaleza empírica, sino normativa. Sin embargo, en la práctica, esto genera una especie de patología en el sistema por cuanto la vulneración de un derecho no garantizado genera una laguna o una antinomia normativa que va a tener que ser colmada de alguna forma y, en rigor, el ordenamiento jurídico no nos está dando la respuesta (Ferrajoli, 2010, p.63).

De este modo, un derecho sin garantías sería un derecho débil en tanto que derecho no garantizado y que adolece de esta inefectividad estructural o de sistema y que exige para su función la actuación de la denominada garantía débil que consiste en la obligación de introducir garantías fuertes. En castellano, esto significa que cuando estamos frente a un derecho no garantizado y que se vulnera, la laguna o antinomia generada por la inefectividad estructural o sistémica se colma a través de la exigibilidad indirecta, esto es, la conexión de un derecho no garantizado

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 Abogada y académica de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

–que en general son los derechos sociales– a través de otros derechos o mediante la utilización de otros derechos que sí detentan esta garantía. En términos prácticos, esta exigibilidad indirecta suele utilizarse mediante la invocación del principio de igualdad y prohibición de discriminación, por violación del principio del debido proceso, por la protección de derechos sociales mediante su vinculación a derechos civiles o políticos, por la limitación a derechos civiles y políticos justificada por otros derechos sociales y por la información por la vía de la exigibilidad de derechos sociales.

Así, sintetizando la importancia de considerar o establecer el mecanismo de protección y no solamente el catálogo de derecho, se hace necesario también reflexionar sobre qué entendemos por garantía: si vamos a considerar algo, parece lógico pensar o reflexionar en torno a qué se entiende por tal. Nuevamente, aquí me gusta muchísimo la distinción que hace Ferrajoli (Ferrajoli, 2008, p.62) entre el concepto de garantía y garantismo, siendo este último, a mi juicio, el que debería primar en esta nueva Constitución. Primero el concepto de garantía netamente se refiere a las herramientas, ya sea obligación y producciones, propias de la consagración normativa, es decir, de establecer un determinado derecho en la Constitución y los mecanismos procesales o jurisdiccionales destinados a obtener la reparación o la ascensión ante la vulneración. En cambio, el concepto de garantismo es aún más amplio porque también establece herramientas protectoras de derechos fundamentales con elementos extrajurídicos –sociales, políticos y económicos– que confluyen en la limitación del poder, y otros mecanismos de carácter social que van más allá de la mera herramienta jurisdiccional.

Cuando estamos diseñando una estructura normativa que consagra derechos y sus mecanismos de protección –como en el actual contexto constituyente–, no solo debemos pensar en la naturaleza o características que tendría una eventual acción de amparo constitucional o, en los términos de la actual Constitución, del recurso de protección o del procedimiento de tutela de derechos fundamentales de índole legal que establece nuestro Código del Trabajo. También debemos reflexionar sobre todo el haz de garantías protectoras de derechos fundamentales, como son la consagración de un Estado de derecho o aquel con limitaciones claras y potentes al poder, el principio de separación de poderes, el principio de la legalidad, un Estado democrático o aquel con participación pluralismo político y derecho a participación, un Estado social o el deber de actuación positiva del Estado y reconocimiento de la incidencia que sobre los derechos pueden tener los poderes sociales, el principio de legalidad, procedimientos especiales en reforma constitucional, garantías de control y fiscalización –entendiendo por tal los instrumentos parlamentarios encaminados a supervisar la incidencia que, en la esfera de los derechos fundamentales y las libertades públicas, tiene la actividad de los entes administrativos–, garantías de interpretación –es decir, mecanismos presentes en el derecho destinados a garantizar dicha interpretación, ya sea a través de principios o de elementos rectores como la dignidad humana– y garantías judiciales –ya sean ordinarias o constitucionales– y garantías internacionales que en el ámbito latinoamericano quizás no tiene la misma incidencia que tiene en Europa pero, claramente, tiene un rol importante tanto en la protección de derechos fundamentales como en la interpretación en el derecho interno.

En este contexto, es decir, en lo que podemos entender como garantía de los derechos fundamentales, o de *garantismo* de los derechos fundamentales, y de cara a como tenemos que empezar a estructurar esta nueva carta fundamental, desde la lógica del derecho del trabajo y del trabajo decente, a mi juicio, la discusión en torno a las garantías debería centrarse en la regulación de ciertos mínimos.

¿Cuáles son, para mí, estos mínimos que planteo a la audiencia? Primero, la consagración de un Estado social y democrático de derecho. La consagración de mecanismos de fiscalización y limitación de poderes públicos y privados. Las materias exclusivas de ley. Los mecanismos de reforma constitucional. Los órganos mandatados a interpretar y fiscalizar la legislación laboral y de seguridad social o de protección social. La consagración positiva de institutos básicos del derecho del trabajo, es decir, derecho a la sindicalización, huelga y negociación colectiva. Hago énfasis en la consagración positiva porque nuestra actual Constitución consagra negativamente el derecho a huelga. Además, también el derecho o protección al trabajo, la protección social más allá de la seguridad social y entre otros derechos laborales. La consagración constitucional de derechos fundamentales inespecíficos, es decir, estos derechos fundamentales aplicables a todas las personas pero que tienen una especial incidencia en lo laboral, como la no discriminación e, incluso, el derecho a la salud –sobre todo ahora en el contexto de covid–, y la privacidad, especialmente en el contexto de la utilización de plataformas digitales, en que parecen aún más difusos los límites entre lo público y lo privado.

También dentro de este concepto amplio de garantía, la consagración de principios rectores que deberían orientar u obligar al aplicador del derecho en su labor interpretativa, tales como la dignidad, el principio protector, la no discriminación, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, los derechos fundamentales como límites de la actuación estatal y privada, entre otros entre otros principios. Así mismo, regular los mecanismos jurisdiccionales, sin duda, constitucionales de protección de derechos, con énfasis en la prevención. Probablemente vamos a tener que repensar y reestructurar el mecanismo que actualmente consagra nuestra Constitución, principalmente el recurso de protección y todo lo relativo, por ejemplo, a aquellos mecanismos que están en manos del Tribunal Constitucional actualmente, como la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad, los recursos.

De igual modo, a propósito de la nueva Constitución, también va a ser muy importante el replantearnos la necesaria reforma que va a requerir el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en sede laboral, toda vez que lo más probable es que la reforma constitucional va a generar la necesidad de replantear las normas que regulan el procedimiento de tutela. A mi juicio, parece importante, o parece la oportunidad idónea, para replantearse, por ejemplo, el catálogo de derechos protegidos por este procedimiento en sede laboral, su taxatividad o no y las sanciones ante la vulneración de derechos fundamentales ya que no sé si es eficiente o suficiente la indemnización adicional o, quizá, hay que empezar a plantearse la necesidad de incorporar el reintegro como consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales, o sea, como sanción aunque no es sanción. También los mecanismos de solución de conflictos entre derechos fundamentales que establece el procedimiento. El actual 485 del Código del trabajo enuncia la proporcionalidad como un mecanismo de solución de derechos fundamentales, pero lo enuncia de forma un tanto confusa, toda vez que habla de un actuar fuera de las facultades del empleador; entonces ahí se generan problemas técnicos a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad en los términos que este está pensado. Además de existir ciertas normas que no tienen las características de principios en los términos de Robert Alexy y que probablemente el mecanismo idóneo de solución de ese conflicto normativo no va a ser la proporcionalidad sino netamente un mecanismo de subsunción. Entonces probablemente hay que replantearse, desde la perspectiva técnica, cómo van a ser los mecanismos de solución de conflictos de derecho que va a establecer el procedimiento de tutela de derecho fundamental en sede laboral o simplemente dejar abierto y que sea el aplicador del derecho quien decida conforme a los derechos en pugna.

En cuanto a los recursos, también va a ser una discusión interesante, en la realidad chilena –donde no tenemos órganos colegiados, tribunales laborales colegiados– la necesidad de la incorporación de revisión, apelación, etc. y un sin número de elementos procesales que, a propósito de la reforma constitucional, va a ser importante revisar en torno al procedimiento de tutela derechos fundamentales.

Derecho al Trabajo

Con respecto a la consagración normativa constitucional del derecho al trabajo, yo creo que históricamente este derecho se ha discutido de una forma que hay que cambiar. Si uno revisa las actas del Constituyente del 80, se da cuenta de que la discusión en torno al derecho al trabajo siempre se fundó como una especie de concepto –a mi juicio muy mal entendido– de que yo le tengo que exigir al Estado que me proveyera un trabajo en el evento de que yo estuviese desempleado, como si consagrar el derecho a la vida implicara que el Estado me va a garantizar que no me voy a morir, que es un absurdo. Entonces yo creo que se debe entender el derecho al trabajo desde otra perspectiva, por ejemplo, la del trabajo decente. La consideración normativa del derecho tiene que apuntar a “la calidad del trabajo” que se tiene que exigir al empleador sea este un ente público o uno privado. Es fundamental entender el derecho al trabajo desde la perspectiva del trabajo decente y del diálogo social. Desde esa perspectiva se trata del derecho al trabajo, pero a cierto tipo de trabajo, con ciertas características particulares. Este tipo de trabajo va a estar enmarcado en un tipo de constitución que –espero– va a consagrar ciertos principios rectores y que va a poner en el centro el trabajo como un derecho que, en definitiva, afecta de forma cotidiana a todas las personas. Entonces, a mi juicio, el consagrar el derecho al trabajo ya no está en la discusión añeja de exigirle al Estado que provea uno, sino más bien en el tipo de trabajo que debería garantizar el Estado.

En cuanto a mecanismos, quizás, extra jurídicos que se pueden considerar para que tengan un efecto real al interior de las empresas, creo que el reforzamiento de la negociación colectiva y de la huelga a nivel constitucional van a repercutir en el diálogo social y en el derecho de información porque, probablemente, van a generar este diálogo permanente más allá de la negociación colectiva cada dos, tres o cuatro años, dependiendo de la vigencia del instrumento. Esas son herramientas concretas que, en definitiva, hacen a las partes conversar, y no solamente conversar sino también conocerse, salir del estereotipo de lo que es el empleador y de lo que es el trabajador y saber cuáles son las necesidades de cada cual. Desde esa perspectiva yo creo que esos son los elementos que constitucionalmente se pueden reforzar y van a repercutir en la práctica en esta nueva constitución y en este nuevo contexto.

Palabras finales

Ya en conclusión, quisiera abrir el debate en cuanto a la necesidad de establecer constitucionalmente las garantías de los derechos fundamentales, entendidas estas en términos amplios. Es decir, la estructura de la nueva Constitución va a tener que tener elementos políticos, económicos y culturales que estén pensados y diseñados en torno a la protección de los derechos fundamentales y con ello, claramente, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en el contexto laboral. Este contexto es cada vez más dúctil y cambiante y, por lo tanto, tenemos que tener una Constitución en ese sentido mucho más robusta para que esa adecuación sea mucho más fácil y mucho más pertinente en la evolución de la propia realidad laboral.

Referencias Bibliográficas

- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías: La ley del más débil* (7°). Trotta.