

**COLECCIÓN DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

N° 9, 2006

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**

Colección de Investigaciones Jurídicas

Publicación periódica de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Director

Pedro Irureta

Comité Editorial

Rafael Blanco
Rodrigo Coloma
René Cortínez, SJ.
Héctor Hernández
Ximena Moreno
Enrique Rajevic
Macarena Rodríguez
Hugo Rojas
Salomón Serrano
Franz Vanderschueren

Dirección

Cienfuegos 41, Santiago de Chile
www.uahurtado.cl

ISSN 0171-7402

Prohibida reproducción parcial o total sin previa autorización del Comité Editorial
Todos los derechos reservados
1000 ejemplares

Colaboraciones

Los académicos e investigadores interesados en enviar artículos, reseñas, traducciones o notas bibliográficas para su publicación en Colección de Investigaciones Jurídicas deben dirigirse a: Comité Editorial, Colección de Investigaciones Jurídicas, Almirante Barroso 6, Santiago de Chile. Los textos impresos a doble espacio deberán ser enviados en duplicado, en lo posible con diskette de computación incluido. Los artículos deben ser inéditos y serán sometidos a evaluación por parte de expertos independientes. En caso de traducciones, deben contar tanto con autorización del autor como de la editorial respectiva.

Diseño y diagramación

Revista Mensaje

Impreso en GfaticAndes®

CONSTITUCIÓN Y ORDEN PÚBLICO LABORAL
UN ANÁLISIS DEL ART. 19 N° 16
DE LA CONSTITUCIÓN CHILENA

PEDRO IRURETA URIARTE*

INTRODUCCION	7
I. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y TRABAJO	9
1. El criterio constitucional del Estado liberal	11
2. Constitución y derechos sociales	13
3. La incorporación de los derechos sociales en el constitucionalismo chileno	19
4. Antecedentes históricos sobre la regulación constitucional del trabajo	23
II. TITULARES INDIVIDUALES PROTEGIDOS POR EL ART. 19 N° 16 DE LA CONSTITUCION	33
1. El ámbito subjetivo y los trabajadores independientes	33
2. El ámbito subjetivo y las personas jurídicas	34
3. Los funcionarios públicos	36
4. Los trabajadores extranjeros	40
5. Los trabajadores penados	42
III. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y SU PROTECCION.....	47
1. La configuración de esta libertad	48
2. La protección del trabajo	52
IV. LA LIBRE ELECCION DEL TRABAJO Y LA LIBRE CONTRATACION	59
1. La libertad de elección	59
2. La libre contratación	61
V. LA JUSTA RETRIBUCION	67
1. El contenido de la expresión	67
2. Los límites empresariales en lo que respecta a la determinación de la justa retribución	70
3. La exacta configuración del concepto de justicia en materia de retribución	70

* Abogado, Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

VI. LA NO DISCRIMINACION LABORAL	73
1. El principio de no discriminación	73
2. Los factores justificantes de la diferenciación	86
2.1. Capacidad e idoneidad	86
2.2. Nacionalidad y límites de edad	89
VII. LA LIBERTAD DE INDUSTRIA Y COMERCIO	91
1. La moral	94
2. La seguridad pública	96
3. La salubridad pública	97
4. El interés nacional declarado por ley	97
VIII. LOS COLEGIOS PROFESIONALES	101
1. Principio general consagrado en la Constitución. La tesis propugnada por los redactores de la Carta Fundamental	102
2. La idea jurídica de los colegios profesionales	107
2.1. Delimitación conceptual: las diferencias entre derecho de asociación, sindicatos y colegios profesionales	108
2.2. Naturaleza y características de los colegios profesionales en su concepción tradicional	113
2.2.1. Antecedentes generales	113
2.2.2. Características de los colegios profesionales en su concepción tradicional	116
a) La profesión como elemento esencial del colegiado	116
b) El colegio reglamenta el ejercicio de la profesión. Potestad reglamentaria	119
c) La potestad disciplinaria	121
d) La afiliación al colegio profesional	124
e) Facultades jurisdiccionales	125
3. Evolución histórica y legislativa de los colegios profesionales en Chile	126
3.1. Los colegios profesionales durante la vigencia de la Constitución de 1833 y 1925	126
3.2. Los colegios profesionales en la Comisión Ortúzar. Acta Constitucional N° 3, de 1976	132
3.3. Los colegios profesionales bajo la vigencia del texto original de la Constitución de 1980	135
3.4. Legislación complementaria sobre colegios profesionales. El Decreto Ley N° 2.757, de 1979, y 3.621, de 1981	137
3.4.1. El Decreto Ley N° 3.621.....	137
3.4.2. Las facultades jurisdiccionales y disciplinarias de los colegios profesionales en el Decreto Ley N° 3.621, de 1981	138
3.4.3. Las asociaciones gremiales y el Decreto Ley N° 2.757, de 1979	141

4. La configuración de los colegios profesionales tras la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050)	142
4.1. El concepto de profesión	144
4.2. La irrupción de una nueva figura constitucional: los colegios profesionales	148
4.3. Las facultades relacionadas con infracciones a la ética profesional	151
4.4. El procedimiento de reclamación	154
 IX. LA NEGOCIACION COLECTIVA	 157
1. Los antecedentes normativos de la negociación colectiva en la Constitución	158
2. La negociación colectiva como derecho de los trabajadores	160
2.1. La regulación de un sistema dentro del modelo de relaciones laborales	162
2.2. Materias objeto del derecho	164
2.3. Ámbito subjetivo del derecho	165
2.3.1. Los sujetos titulares	166
2.3.2. La idea de empresa	168
2.3.3. La situación de los funcionarios públicos	171
3. Los procedimientos y modalidades de la negociación colectiva.....	174
3.1. La intervención del legislador.....	174
3.2. Procedimientos adecuados para alcanzar una solución justa y pacífica	176
4. Los supuestos de arbitraje obligatorio y la participación de tribunales especiales	178
4.1. Negociación colectiva y arbitraje obligatorio	181
4.2. Tribunales especiales de expertos	183
 X. LA HUELGA	 185
1. La huelga según los redactores de la Constitución de 1980	187
1.1. La huelga como un hecho ilícito	188
1.2. La huelga considerada como derecho	191
1.3. La opción final de la Comisión Ortúzar: reconocer la huelga, a nivel constitucional, como un hecho de relevancia jurídica	193
2. Los bienes jurídicos protegidos en el concepto constitucional de huelga	198
2.1. La exclusión de los funcionarios públicos y municipales	198
2.2. La exclusión del derecho de huelga en los servicios esenciales	201
 BIBLIOGRAFIA	 209
ABREVIATURAS	233

INTRODUCCION

El art. 19 N° 16 de la Constitución chilena constituye un precepto de alta complejidad. Por una parte, es una pieza esencial para comprender el denominado orden público laboral y la juridificación del conflicto en el ámbito de las relaciones de trabajo. Junto a la libertad de empresa, el art. 19 N° 16, permite explicar, entre otras cosas, los poderes del empleador, los derechos del trabajador, el ejercicio de garantías colectivas y el rol de la institucionalidad laboral dentro del acuerdo jurídico de trabajo. En rigor, sería difícil pretender comprender el sistema de relaciones laborales en nuestro país sin tener presente el diseño constitucional que existe al respecto. Esta sola circunstancia ya justifica un análisis pormenorizado de sus figuras y el tratamiento unitario de todo el numeral.

La complejidad de este precepto, sin embargo, se entiende también por otras razones: el art. 19 N° 16 constituye una garantía bastante heterogénea en lo que respecta a sus regulaciones. En efecto, dentro del mismo numeral que históricamente se alzó como el reconocimiento más explícito que una Constitución puede efectuar de los derechos sociales, lo cierto es que nuestra Carta Fundamental termina apartándose de postulados clásicos en esta materia (como es la consagración del derecho al trabajo), incorporando normas de distinta naturaleza dentro de sus párrafos. Por ejemplo, en el numeral que se menciona se pueden observar normas dirigidas tanto al trabajador dependiente como al autónomo; se regulan aspectos propios de la relación individual de trabajo, así como otros derechos de carácter claramente colectivo. Más aún, cohabitan dentro de sí redacciones nuevas e inéditas con otras bastante pretéritas que incluso nos obligan a remontarnos al constituyente del siglo XIX. Por si fuera poco, la jurisprudencia le ha otorgado a determinadas partes de este precepto un alcance justificante de la propia titularidad del empresario, ensamblando la libertad de trabajo con la libertad de empresa.

Todo este cuadro, lejos de inhibir su estudio, nos ha impulsado a investigar los aspectos centrales que subyacen en las distintas figuras del mencionado art. 19 N° 16 de la Constitución chilena. Por ello, la primera parte se centra en el contexto general e histórico que dio origen a los denominados derechos sociales, con especial referencia a la evolución constitucional chilena. A continuación, se analizan por separado figuras tales como la libertad de trabajo y el derecho al trabajo, la libre elección, la libre contratación, la justa retribución, la no discriminación laboral, la problemática de los colegios profesionales, la negociación colectiva y la huelga.

La investigación, con todo, tiene algunos antecedentes que es preciso destacar. En efecto, el trabajo que se presenta ha tomado como base tres estudios anteriores sobre aspectos puntuales de la garantía. El primero de ellos, relativo a la libertad de trabajo, fue parcialmente publicado en la Revista Chilena de Derecho Vol. 19 N° 3, de 1992, bajo el título “Consecuencias Jurídicas para la Libertad de Trabajo en

relación con un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago”. Una versión más amplia del mismo tema se incorporó, con posterioridad, en la obra colectiva denominada Derecho del Trabajo. Norma y Realidad. Estudios en Homenaje al Profesor Ramón Luco Larenas, de 1993. Otro estudio relevante, ahora referido a los Colegios Profesionales, fue publicado en la Revista Chilena de Derecho Vol. 21 N° 1, de 1994, bajo el título “Los Colegios Profesionales y el Derecho del Trabajo”. Por último, existe un ensayo sobre la regulación de la huelga denominado “Notas sobre el concepto constitucional de huelga”, y que fue publicado en la Revista Persona y Sociedad, Volumen XVI N° 1, en abril de 2002.

Como se ha dicho, los trabajos anteriores sirvieron de base para un estudio más amplio de la garantía constitucional, aumentando las fuentes bibliográficas, agregando jurisprudencia reciente y enriqueciendo el texto con referencias al derecho comparado. Además, se agregó un capítulo especial sobre la negociación colectiva. De esta forma, el estudio permite hacerse una idea acabada de los problemas jurídicos que presentan las distintas materias reguladas en la garantía constitucional.

Lo expuesto ha dado como resultado un estudio general, unitario y monográfico del art. 19 N° 16 de la Constitución. Esta sola circunstancia ya le otorga valor al estudio, pues no resulta usual una investigación completa de este numeral dentro de la dogmática nacional. A ello habría que agregar que el texto que se presenta ha sido complementado con una sección especial sobre la reforma constitucional llevada a cabo por la Ley N° 20.050, de 2005, en relación con la figura de los colegios profesionales. Dicho texto legal reformó en este aspecto la Carta Fundamental y nos obligó a hacernos cargo de esta nueva configuración.

Una mención aparte merecen, con todo, las constantes referencias que se efectúan a las Actas Oficiales de la llamada Comisión Ortúzar. Más allá de las dudas que puede generar este elemento de interpretación histórico de la Constitución, nos ha parecido útil dedicar algunos acápite de esta monografía a explicar la visión que dichos comisionados tenían de ciertos incisos del art. 19 N° 16. Si bien suscribimos una interpretación constitucional sistemática y finalista, no hay que olvidar que algunos párrafos de la garantía constituyeron redacciones inéditas de la citada Comisión, cuestión que nos ha exigido compenetrarnos en las variables históricas de su redacción. Ése, principalmente, ha sido nuestro interés al recurrir a las denominadas Actas constitucionales.

Por último, creemos un deber destacar la importancia que este tipo de monografías debieran adquirir a partir de las normas modificatorias del proceso laboral (Ley N° 20.087). Cuando entre en vigencia la reforma a la judicatura del trabajo, el ordenamiento jurídico nacional estrenará un nuevo procedimiento para el ejercicio de las garantías constitucionales dentro del ámbito de las relaciones laborales. Ello pondrá en el centro de la discusión el alcance de los derechos fundamentales al interior de la empresa y, por cierto, la garantía del art. 19 N° 16 será clave para comprender dicho alcance.

I. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y TRABAJO

Durante todo el siglo XIX, el constitucionalismo tenía por objeto reconocer la supremacía de los derechos civiles y políticos. Se trataba de *derechos-autonomía* o de *libertades defensivas*, que ponían el énfasis en una actitud abstencionista del Estado¹. La mayor preocupación de los ordenamientos jurídicos en dicha época se centraba en limitar los poderes y las arbitrariedades del *príncipe* y en asegurarle a la persona el pleno desarrollo de sus derechos básicos². Este esquema constitucional calzaba muy bien con la tesis individualista del Estado liberal, y con el modelo de los derechos privados clásicos los cuales se alzaban como el reflejo de la codificación civil continental y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón³.

Este modelo constitucional, sin embargo, no se hacía cargo del desarrollo de la persona en otros ámbitos de la personalidad. Si efectivamente la actividad del Estado se satisfacía con proteger al ciudadano frente a intromisiones indeseadas, entonces ese mismo Estado era incapaz de amparar al individuo en sus pretensiones de mejora y desarrollo social. Como la relación entre los particulares era vista bajo el prisma de igualdad formal, el liberalismo centraba sus esfuerzos en regular las relaciones de poder que surgían del Estado.

De la superación de esta lógica, surgen los denominados derechos sociales, también llamados *derechos de segunda generación*⁴.

¹ Cfr. CONTRERAS PELAEZ, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 15. Vid. también STARCK, Christian, “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”, REDC N° 66 (2002), p. 73: “los derechos fundamentales son la respuesta específica del Derecho Constitucional a la experiencia histórica de que el poder público tiende a lesionar la libertad de los ciudadanos”.

² Cfr. por todos GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Civitas, Madrid 2006, pp. 47 y ss.

³ Vid. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2002, p. 50. Vid. también GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1999, pp. 71 y ss.

⁴ La primera generación de derechos fundamentales, vinculada a las libertades negativas, fue fruto de la lucha llevada a cabo en contra de los privilegios feudales y las restricciones comerciales. Sin perjuicio de ello, se suele hablar de los derechos individuales civiles como *derechos de primera generación* y de los derechos políticos como *derechos de segunda generación*. En ese contexto, los derechos económico-sociales son conocidos también como *derechos de tercera generación*. Sobre el particular, vid. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Cuadernos Bartolomé de las Casas N° 11, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 62 y 63. Sobre los problemas terminológicos vinculados a esta denominación, vid. además GONZALEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 69 y ss.

1. El criterio constitucional del Estado liberal

Como es sabido, el régimen jurídico y social que devino con la Revolución Industrial buscaba superar la lógica de la reglamentación gremial. Este esquema regulatorio ponía el énfasis en las cortapisas a la libertad de trabajo, privilegiando relaciones de *status* que dificultaban la movilidad social. Con la llegada de la Revolución Industrial ese esquema se hizo imposible de mantener, entre otras razones, por la necesidad de contratar masiva y libremente la mano de obra.

Las primeras expresiones de esta lógica se produjeron en el *Edicto de Turgot* (1776) y en la Ley *Le Chappelier* (1791)⁵. El Edicto de *Turgot* suprimió los gremios, cofradías y comunidades de comercio, artes y oficios, recogiendo las convicciones ilustradas de que las eliminaciones de la reglamentación corporativa permitirían el pleno empleo⁶. Para este ministro de Luis XVI, el sistema corporativo paralizaba el progreso e impedía el libre desenvolvimiento de la mano de obra; de allí que su Edicto privilegiara un sistema basado en la libertad de trabajo⁷.

Al cabo de un tiempo, *Turgot* fue destituido y su Edicto dejado sin efecto. Ello explica que, al año 1791, el diputado de la Asamblea francesa, *Le Chapelier*, propusiera un nuevo texto jurídico destinado a suprimir el régimen de las Corporaciones⁸. Este último cuerpo legal fue la puerta de cierre definitiva al régimen gremial de trabajo instaurado durante la Edad Media.

Sin embargo, la supresión de las Corporaciones no fue una decisión fundada en el simple derecho de asociación. Entre los revolucionarios franceses latía la idea que la manera más eficaz de asegurar fuentes de trabajo a los ciudadanos era mediante la creación de un marco institucional que garantizara la libertad y la iniciativa de los individuos⁹. De allí que el art. 13 de la Declaración de los

⁵ Vid. por todos SANCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho constitucional comparado*, 7^o edición, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1988, pp. 257 y ss; y CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral*, T. I, Vol. 2, Heliasta, Buenos Aires 1987, pp. 57 y ss.

⁶ Vid. SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid 1996, p. 25.

⁷ De conformidad con el art. 1^o del *Edicto de Turgot*, todas las personas, “de cualquier calidad y condición que sean, comprendidos todos los extranjeros, tendrán libertad para ejercer en nuestro reino la especie de comercio y profesión de artes y oficios que les plazca, y hasta ejercer varias; para lo cual eliminamos y suprimimos todas las corporaciones y comunidades de mercaderes y artesanos, así como los maestrzgos y jurados, y anulamos todos los privilegios, estatutos y reglamentos otorgados a dichas corporaciones y comunidades”.

⁸ El art. 1^o de la Ley *Le Chapelier* señalaba lo siguiente: “Siendo la eliminación de toda especie de Corporaciones del mismo estado social o profesión una de las bases de la Constitución, queda prohibido restablecerlas con cualquier pretexto que sea”. Para un estudio general sobre la evolución del régimen corporativo, vid. por todos MARTIN SAINT-LEON, E., *Historia de las Corporaciones de Oficio*, Partenón, Buenos Aires 1947, pp. 353 y ss.

⁹ Cfr. BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001, p. 17.

Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa, de 24 de junio de 1793, declarara que “ningún tipo de trabajo, de cultura o de comercio puede ser prohibido a la actividad de los ciudadanos”¹⁰. Y eso representaba un estímulo para el trabajo libre.

En este orden de ideas, el trabajo adquiere distintas ventajas para la sociedad revolucionaria. Por una parte, el trabajo libre permite mayor movilidad de la mano de obra, control sobre el volumen de desempleados y mecanismo de inserción social y disciplina laboral. Más aún, ahora en el caso de los penados, el trabajo se constituía como una herramienta de socialización, sin perjuicio que en determinados casos permitía la extirpación de la mendicidad¹¹.

La lógica expuesta se expresa de manera uniforme en las Constituciones liberales del siglo XIX¹². Todas ellas reiteran, con distintas redacciones, pero análogas finalidades, una libertad de trabajo que no admita cortapisas y que sólo reconoce los límites generales basados en bienes jurídicos indeterminados como las buenas costumbres, la seguridad y la salubridad públicas. En el fondo, el constitucionalismo del siglo XIX consideraba inaceptable asumir compromisos jurídicos o prestacionales incompatibles con la libertad contractual. Ello habría implicado, en la estructura del Estado liberal, una verdadera expropiación del capital.

A partir del siglo XX, se produce un cambio significativo en las Constituciones occidentales, cuyo paradigma se produce en las Cartas de Querétaro (México, 1917), y de la Asamblea Nacional de Weimar (Alemania, 1919)¹³. La primera de las Constituciones citada incorporó un largo art. 123 que trataba precisamente del “trabajo y de la previsión social”. De esta forma, se encomendó al *Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados* a objeto que dictara las leyes sobre el trabajo en materias tales como contrato de trabajo, jornada laboral, salario mínimo, trabajo de mujeres y de niños, horas extraordinarias, higiene y seguridad, accidentes del trabajo, derecho de coalición, huelga, y negociación colectiva, entre otras varias cuestiones. En el fondo, este precepto de la Carta de Querétaro constituyó toda una novedad en lo que respecta al reconocimiento de derechos fundamentales que van más allá de la mera libertad, y reprodujo un equilibrio de los intereses en conflicto¹⁴.

¹⁰ Ya en el Edicto de Turgot, de 1776, aparecían referencias sobre el derecho a trabajar, en los siguientes términos: “En la medida en que Dios crea las necesidades de los hombres y les ha obligado al mismo tiempo a trabajar para satisfacer esas necesidades, ha hecho del derecho al trabajo un patrimonio de cada hombre”.

¹¹ Cfr. SASTRE IBARRECHE, cit., p. 28.

¹² Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua*, cit., pp. 201 y ss.

¹³ Otros textos constitucionales, en esta línea, fueron la Constitución del reino Servio-Croata Esloveno, de 1921; y la Constitución monárquica de Rumania, de 1923. Sobre el particular, vid. PECES-BARBA MARTINEZ, cit., pp. 47 y ss.

¹⁴ Por su parte, el encabezado del art. 123 de la Carta de Querétaro señaló: “El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en

El Código Político de Weimar, por su parte, acogió las doctrinas jurídicas socialdemócratas que veían en la Constitución un instrumento fundante de un nuevo *Estado Social*¹⁵. Asimismo, siguiendo el peso predominante de los ius laboristas, en especial los de la Escuela de *Sinzheimer*, la Constitución *weimariana* configuró un equilibrio basado en la tutela del trabajo y en la concepción de la igualdad¹⁶. En esta lógica, se constituyó en la primera carta europea en consagrar disposiciones de orden social que se aglutinaron en su Capítulo V, denominado “*Vida económica*”¹⁷. Así, por ejemplo, se consagró el principio de libre contratación, el respeto a la propiedad, la libertad de coalición, así como el derecho de seguridad social. Más aún, en materia laboral, existieron tres preceptos especialmente significativos: el art. 162, que le atribuye al Estado la obligación de procurar la implantación de una reglamentación internacional del trabajo; el art. 163, en cuya virtud se consagró el deber de trabajar, el derecho al trabajo y el seguro de desempleo¹⁸; y el art. 165, que reglamentó la intervención de los obreros y empleados, en conjunto con los empresarios, en la fijación de las formas de desarrollo de las fuerzas económicas de la producción¹⁹.

las necesidades de cada región, sin contravenir a las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo”. Y en su apartado XVI, agregó: “Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.”. Vid. por todos DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, T. I, 12ª edición, Porrúa, México D.F. 1990, pp. 44 y ss; DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, T. I, 8ª edición, Porrúa, México D.F. 1991, p. 341; DELGADO MOYA, Rubén, *El Derecho social del presente*, Porrúa, México D.F. 1977, pp. 191 y ss; LASTRA LASTRA, José Manuel, “Inconstitucionalidad de las cláusulas sindicales: ¿70 años después?”, REDT N° 112 (2002), pp. 493 y ss; y RODRIGUEZ OLVERA, Oscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada 1998, pp. 19 y ss.

¹⁵ Cfr. MAESTRO BUELGA, Gonzalo, *La Constitución del Trabajo en el Estado Social*, Comares, Granada 2002, p. 24.

¹⁶ Cfr. BALDASARRE, cit., pp. 33 y ss; y MAESTRO BUELGA, cit., pp. 28 y s.

¹⁷ Cfr. HUECK, A., y NIPPERDEY, H. C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, pp. 40 y ss.

¹⁸ El art. 163 de la Constitución de Weimar señalaba expresamente que: “Todo alemán tiene, hecha reserva de su libertad personal, la obligación de emplear su fuerza intelectual y material de trabajo en la forma que lo exija el bienestar colectivo. A todo alemán debe darse la oportunidad de que adquiera, mediante su trabajo, lo necesario para su subsistencia. La ley reglamentará los detalles particulares”.

¹⁹ El mencionado art. 165 de la Constitución de Weimar, en su parte pertinente, quedó redactado de la siguiente forma: “Los obreros y empleados tienen derecho a colaborar sobre un pie de igualdad con los empresarios en la fijación del salario y de las condiciones de trabajo, así como en la determinación de la forma en que deberán desarrollarse las fuerzas económicas de producción. Las organizaciones de trabajadores y patronos quedan reconocidas. Los obreros y empleados estarán representados en los consejos de empresa, en los que se formen en las regiones económicas y en el Consejo de Trabajo del Estado para la defensa de sus derechos económicos y sociales”.

En la práctica, la Constitución de Weimar y de Querétaro vienen a oficializar el nacimiento de un nuevo orden jurídico, caracterizado por el status social y político de los sujetos de conflicto de base²⁰.

2. Constitución y derechos sociales

La falta de regulación del trabajo que supuso la concepción del Estado liberal, comenzó a resquebrajarse. No sólo hubo reacciones puntuales, algunas de ellas *pietistas o armonicistas*, sino que, también y sobre todo, el esquema constitucional comenzó a dejar al descubierto un conflicto estructural de intereses que exigía una regulación por parte de los textos normativos²¹.

Un primer intento de superación se pudo observar en la Revolución francesa de 1848. En torno a este proceso social, y teniendo como preludeo una importante crisis económica, autores como *Fourier, Considérant, Proudhon o Blanc*, entre otros, realizan significativos aportes en relación con la necesidad de consagrar derechos que vayan más allá de la mera realidad individualista. Estos aportes, unidos a los problemas sociales, significaron compromisos gubernamentales en orden a asegurar el trabajo a todos los ciudadanos²².

Desde una óptica estrictamente jurídica, los sucesos de 1848 modificaron el centro de la discusión. Los derechos ya no podían configurarse como meros atributos subjetivos de los cuales se salvaguarda al individuo. Ahora, ya existe un germen tendiente a reconocer que los derechos constitucionales deben propender al desarrollo integral de las personas²³.

Con todo, y dejando de lado el antecedente de la Revolución de 1848, habrá que reconocer que el cambio sustancial se viene a producir recién a partir de la Primera Guerra Mundial. En efecto, en el entorno histórico de dicha acción bélica se comenzaron a incorporar por parte de los Códigos Políticos (entre ellos, el de Weimar y Querétaro) un conjunto de derechos *–de segunda generación–* que plasmaban el compromiso del Estado a favor de una mayor igualdad material²⁴, cuestión que, por lo demás, ponía de manifiesto “que los mecanismos de la sociedad civil no bastan por sí solos para garantizar un mínimo de armonía social

²⁰ Cfr. MAESTRO BUELGA, cit., p. 11.

²¹ Cfr. por todos BALDASARRE, cit., p. 26.

²² Vid. SASTRE IBARRECHE, cit., p. 31: “la reivindicación del derecho al trabajo constituyó uno de los ejes del proceso revolucionario de 1848”. Para una visión histórica más amplia vid. GONZALEZ MORENO, cit., pp. 83 y ss.

²³ Cfr. RODRIGUEZ OLVERA, cit., pp. 14 y ss.

²⁴ Vid. por todos BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales”, en AA. VV., *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, Asociación Laboral para el Desarrollo (ATC), Lima 1993, p. 27.

y bienestar económico”²⁵. Este reconocimiento supone recepcionar en las Constituciones el Estado *pluriclase* en cuya virtud la norma suprema se transforma en un instrumento garantista muy distinto al constitucionalismo monoclasista del siglo XIX²⁶. De alguna manera, los textos constitucionales reconocen que el poder está diseminado en la sociedad, y que no es un atributo exclusivo de la autoridad pública²⁷.

La regulación constitucional de estos derechos, que por lo demás es coetánea con la internacionalización y universalización de los derechos humanos²⁸, parte de la base de que el Estado no sólo garantiza comportamientos individuales; también se compromete a que los poderes públicos respeten y fomenten los denominados *derechos-prestaciones*²⁹. Dicha actitud supone ciertamente una inversión en la clásica configuración de los derechos fundamentales³⁰, toda vez que la garantía no va dirigida a lograr una abstención por parte del Estado sino una actitud positiva que permita otorgar o bien asegurar el goce de prestaciones por parte de las personas. De esta forma, se rompe aquella idea básica del constitucionalismo clásico que partía de la tesis de la necesaria limitación del poder del Estado en lo que se refiere a su vinculación con los derechos fundamentales.

Desde su incorporación en los Códigos Políticos, los derechos sociales presentan algunas características que resulta necesario explicitar para comprender su verdadero alcance jurídico:

(i) Los derechos sociales parten de la base que el Estado tendrá un mayor rol *intervencionista y redistributivo-asistencial* que le asegura a los ciudadanos un mínimo de bienestar³¹. Ello presupone una actuación positiva del Estado, un

²⁵ Vid. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 5º reimpresión, Ariel, Barcelona 1997, pp. 41 y s. Y agrega: “Se trata (...) del paso del Estado liberal clásico al llamado Estado de bienestar, Estado social o Estado intervencionista”.

²⁶ Cfr. MAESTRO BUELGA, cit., p. 45.

²⁷ Vid. BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, p. 243.

²⁸ Vid. PEREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 5º edición, Tecnos, Madrid 1993, p. 41.

²⁹ Cfr. PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos, “Los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución”, en AA. VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, p. 306. Vid. también COSSIO DIAZ, José Ramón, *Estado social y Derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 44 y ss.

³⁰ Cfr. APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid 1989, p. 41. Vid. también GOMES CATILHO, José Joaquim, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, RCEC N° 1 (1988), pp. 239 y ss.

³¹ Cfr. PRIETO SANCHIS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, RCEC N° 22 (1995), pp. 14 y ss.

protagonismo activo-prestacional de parte de los poderes públicos, cuestión que se refleja en la regulación de ciertas actividades privadas, en la transferencia de recursos monetarios y en la provisión de bienes o servicios³². En muchos de estos derechos, aunque no en todos, la prestación estatal forma parte del núcleo de los denominados derechos sociales, cuestión que obliga a que los poderes públicos desarrollen alguna actuación positiva³³. Los derechos civiles, por el contrario, serían aquellos que imponen obligaciones negativas³⁴.

Con todo, conviene precisar que la distinción entre *derechos de libertad* (o abstencionistas) y *derechos económico-sociales* (derechos de intervención), se encuentra en retroceso. En la práctica, varios de los *derechos de libertad* también exigen una actividad positiva del Estado (v. gr., el otorgamiento de personalidad jurídica a las asociaciones, o la concesión de espacios gratuitos en la propaganda política), sin perjuicio de que muchos de estos derechos han adquirido un evidente cariz social (v. gr., el derecho del consumo)³⁵. Por el contrario, existen algunos derechos económico-sociales que exigen una abstención por parte del Estado, como sería el caso de inhibirse de colocar tasas muy altas para acceder a la educación³⁶.

Por lo tanto, pretender encasillar la configuración de los derechos sociales en un mero carácter prestacional sería reducir el alcance de los demás derechos,

³² Cfr. CONTRERAS PELAEZ, cit., pp. 17 y s. Vid. también COSSIO DIAZ, cit., p. 46; y GONZALEZ MORENO, cit., pp. 74 y ss.

³³ Los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical no encajan en este esquema de derechos-prestación con el que suele configurarse a los derechos sociales. Más aún, se trata de derechos históricamente vinculados a la segunda generación, pero estructuralmente afines a los derechos-autonomía. Como señala CONTRERAS PELAEZ, cit., p. 22: “La *técnica de protección* que requiere la libertad sindical es similar a la de los derechos civiles y políticos, su *finalidad*, su sentido, en cambio, es de carácter netamente socioeconómico”.

³⁴ Cfr. SASTRE IBARRECHE, cit., p. 72. Vid. también CERDA MARTINEZ-PUJALTE, Carmen, “Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la *Drittwirkung*”, RCG N° 61 (2004), p. 157.

³⁵ Cfr. ABRAMOVICH y COURTIS, cit., p. 32: “Tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales constituyen un complejo de obligaciones positivas y negativas”. Vid. también PRIETO SANCHIS, cit., p. 15: “algunos derechos generalmente considerados sociales se separan del esquema indicado, bien porque por naturaleza carezcan de todo contenido prestacional, bien porque la intervención pública que suponen no se traduzca en una prestación en sentido estricto”. A mayor abundamiento, FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Los derechos constitucionales”, en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y CLAVERO AREVALO, Manuel (directores), *El Derecho Público de finales de siglo*, Civitas, Madrid 1997, p. 469: “en la actualidad todo derecho constitucional, sea de la clase que sea, exige un comportamiento de los poderes públicos congruente con su contenido, incluidos los propios derechos de libertad. La mera abstención de las autoridades gubernativas no es ya suficiente”.

³⁶ Vid. ALARCON CARACUEL, Manuel R. y GONZALEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª edición, Tecnos, Madrid 1991, p. 24. Vid. también PECES-BARBA MARTINEZ, cit., p. 60; y GONZALEZ MORENO, cit., pp. 129 y ss.

sin perjuicio que la exigibilidad de los derechos sociales al Estado debe partir necesariamente de una serie de datos económicos que condicionan exteriormente el alcance de los mismos³⁷.

(ii) Los derechos sociales son derechos del hombre contextualizado, referido a la persona ubicada en circunstancias históricas, culturales y económicas concretas. Esta última característica es por cierto completamente distinta a la que surge de los derechos-autonomía, pues en ellos hay una imagen abstracta y racional, centrada en el hombre en general³⁸. De alguna forma, los derechos sociales pretenden hacerse cargo de una realidad específica, y atienden a las necesidades del sujeto en razón de su propio contexto actual.

(iii) En tercer lugar, los derechos sociales se fundan en una idea básica de solidaridad, en la cual el sujeto no es visto como individuo aislado, “*sino absorbido por la sociedad, permitiéndole beneficiarse y, al mismo tiempo, contribuir al bienestar colectivo*”³⁹. Lo anterior no impide que los derechos sociales sean derechos de titularidad individual, porque una cosa es sostener que la comunidad es relevante para el desarrollo de la persona y, otra muy distinta, atribuirle al colectivo la titularidad de los derechos⁴⁰.

(iv) Los derechos sociales también son derechos *tendencialmente* universales. Es decir, estos derechos no son meros derechos de clase, o sólo vinculados a los trabajadores como colectivo. Si así fuera, los derechos sociales difícilmente podrían aspirar a ser considerados como derechos fundamentales pues una de las grandes características de estos últimos es que resultan predicables para cualquier persona, independiente de su status o posición. En definitiva, los derechos sociales se han incorporado en el acervo de los derechos ciudadanos y, por tanto, se aspira a que sean predicables, con las adecuaciones del caso, a cualquier sujeto⁴¹.

³⁷ Vid. CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, p. 30. Y agrega: “es precisamente esta exigencia junto con su apuntado carácter relativo lo que conduce a su necesidad de gradación. En este sentido, estos derechos hay que situarlos en el ámbito de lo que es temporalmente oportuno”. Vid. además MARTINEZ, José Ignacio, “Los derechos sociales”, en *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso 1997, p. 282: “los derechos sociales que consisten en prestaciones no tienen ese carácter absoluto que presentan los clásicos”.

³⁸ Cfr. por todos TISSEMBAUM, Mariano M., “La constitucionalización y codificación del trabajo, sus efectos e interpretaciones”, en DEVEALI, Mario L. (director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. I, La Ley, Buenos Aires 1964, p. 137.

³⁹ Vid. CONTRERAS PELAEZ, cit., p. 27.

⁴⁰ Sobre las discrepancias doctrinales en relación con la titularidad de los derechos sociales, vid., por todos, GONZALEZ MORENO, cit., pp. 162 y ss. Y agrega en p. 171: “De todo lo visto se deduce que no puede considerarse la titularidad colectiva de los derechos económicos, sociales y culturales como uno de sus rasgos distintivos, sino como una nota que puede predicarse, con matices, respecto de algunos de ellos, pero que no sirve para caracterizar los derechos sociales como una categoría específica”.

⁴¹ Vid. CASCAJO CASTRO, cit., p. 41: “Los Derechos sociales surgidos históricamente como

(v) Por último, se tiende a señalar que los derechos económico-sociales serían como una especie de *derecho programático*, en contraposición con los *derechos de libertad* que calzan mejor con la tesis de los derechos públicos subjetivos, directamente accionables ante los tribunales de justicia⁴². De esta manera, el núcleo de la norma está constituido por una programación final y no simplemente condicional⁴³. El carácter programático de los derechos económico-sociales supone, además, que cuando se produce la acción del Estado, a través de una normativa *infraconstitucional*, entonces recién ahí nacerán los derechos subjetivos singulares⁴⁴. Sin ello, no existiría verdaderamente una institucionalidad garantista por parte de estos derechos⁴⁵.

El carácter programático ha sido fuertemente cuestionado en razón de su supuesta falta de exigibilidad. En el fondo, se parte de la base que la Constitución sólo puede contener normas de inmediata vigencia. Los derechos sociales, al ser programáticos, deberían estar fuera de esta estructura pues no serían justiciables⁴⁶. Las normas operativas, por el contrario, serían de aplicación inmediata e incondicionada, sin que necesiten de otra norma inferior para ser aplicadas.

Si bien es cierto que los derechos sociales requieren de metas y programas de actuación, lo cierto es que en la actualidad se tiende a reconocer que los derechos programáticos no implican una mera declaración retórica carente de

derechos de ciudadanos desiguales, como derechos de parte exigibles en funciones de igualación, se han convertido en derechos de todos”. Y agrega en p. 48: “nada impide entender los derechos sociales como los derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad, o de la actuación del principio de igualdad”.

⁴² Sobre la doctrina de los derechos públicos subjetivos, vid. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 319 y ss. Vid. también el prólogo de esta obra a cargo de Fernando DE LOS RÍOS, pp. 38 y ss. A mayor abundamiento vid. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua*, cit., pp. 47 y ss; y GONZALEZ MORENO, cit., pp. 149 y ss.

⁴³ Vid. DE OTTO, cit., p. 43: “Hay (...) programación final cuando lo que se prescribe no es una respuesta a una situación de hecho, sino el logro de un fin”. Y agrega: “una norma cuyo contenido sea exclusivamente una programación final no contiene en sí misma una predeterminación de la conducta a realizar y deja al destinatario un amplio margen de discrecionalidad para elegir los medios adecuados al fin”.

⁴⁴ Cfr. ALARCON CARACUEL y GONZALEZ ORTEGA, cit., p. 24. Vid. también LOPEZ GANDIA, Juan, “Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución española (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo)”, en AA. VV., *Estudios sobre la Constitución española*, Universidad de Valencia, Valencia 1980, p. 148; SASTRE IBARRECHE, cit., p. 72 y VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 2, Astrea, Buenos Aires 1982, pp. 741 y 798.

⁴⁵ Cfr. CASCAJO CASTRO, cit., pp. 30 y s.

⁴⁶ Cfr. MARTINEZ, cit., pp. 284 y s. Y agrega en p. 288: “los derechos sociales prestacionales no pueden entenderse como derechos en sentido jurídico, sino como una aspiración o una meta social constitucionalizada”.

juridicidad⁴⁷. Los derechos sociales no son derechos indeterminados o fórmulas en blanco, ausentes de contenido: “más que de normas programáticas cabría hablar de normas-principio que establecen el criterio general en base al cual debe ser uniformada la regulación de toda una serie, *a priori* indefinida, de situaciones particulares (...) Y, desde luego, la adecuación de la legislación ordinaria al criterio general de la norma principio puede ser controlada a través del recurso de anticonstitucionalidad”⁴⁸. Más aún, si alguna dificultad podría invocarse en relación con la justiciabilidad de los derechos sociales, ésta se vincula con la vaguedad de los textos normativos y en la falta de una práctica institucional de interpretación de los textos que formulan los derechos⁴⁹.

Con todo, y sin perjuicio de las diferencias sobre la exacta naturaleza jurídica de los derechos sociales, lo cierto es que su incorporación dentro del constitucionalismo modificó radicalmente el rol del Estado y de los propios Códigos Políticos. Por una parte, modificaron la configuración del Estado liberal, dando paso a un Estado social que extendía la consagración de sus garantías más allá de la lógica de los derechos públicos subjetivos. Ello significó reconocer derechos específicos del hombre contextualizado, que en el ámbito de las relaciones de trabajo adquiere derechos sólo aplicables en su calidad de trabajador (v. gr., la huelga o la sindicación). Asimismo, sirvieron para configurar todos aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo⁵⁰. Y fue esa forma de entender los derechos fundamentales lo que

⁴⁷ Cfr. ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón, “Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, RPS N° 121 (1979), p. 13. Vid. también GONZALEZ MORENO, cit., pp. 149 y ss.

⁴⁸ Vid. ALARCON CARACUEL y GONZALEZ ORTEGA, cit., p. 24. Vid. También CASCAJO CASTRO, cit., p. 51: “Frente a esta posición, existe la concepción opuesta según la cual los citados derechos lejos de ser normas programáticas, protegen intereses autónomos y jurídicamente relevantes que precisan de la más completa tutela. Los preceptos constitucionales en cuestión establecen un principio normativo que, además de asumir relevancia como criterio general de interpretación del ordenamiento vigente, sanciona una precisa obligación a cargo del legislador”; y GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma*, cit., p. 74: “todos los sujetos públicos o privados (...) deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programático, que carecerían de valor normativo”. Y agrega en p. 77: “no existen en la Constitución declaraciones (sean inoportunas u oportunas, felices o desafortunadas, precisas o indeterminadas) a las que no haya que dar valor normativo”.

⁴⁹ Vid. ABRAMOVICH y COURTIS, cit., p. 39. Y agregan en pp. 45 y 46: “algunas objeciones dirigidas contra la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales son circulares, ya que lo único que señalan es que los instrumentos procesales tradicionales (...) resultan limitados para exigir judicialmente estos derechos. (...) Ahora bien, la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas no dice nada acerca de la imposibilidad conceptual de hacer justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, sino que —como se ha dicho— más bien exige imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo estos reclamos”.

⁵⁰ Vid. CONTRERAS PELAEZ, cit., p. 47. Cfr. además MARTINEZ, cit., p. 279.

permitió que, a nivel constitucional, se agregaran preceptos de naturaleza garantista que buscaban preservar una serie de actuaciones vinculadas a la propia dignidad del sujeto.

A mayor abundamiento, la superación de la lógica liberal, trajo consigo el reconocimiento de derechos que sólo se explican en clave social. De esos derechos, surge en particular un verdadero Derecho Constitucional del Trabajo caracterizado por normas vinculadas al ciudadano en cuanto trabajador, y que le permiten superar la lógica meramente individual de relaciones con el Estado. A partir de los derechos sociales, el constitucionalismo asume un diálogo con la propia sociedad, y descubre que la dignidad de los sujetos también se relaciona con aquellos aspectos de la vida en sociedad que nacen de la prestación laboral.

3. La incorporación de los derechos sociales en el constitucionalismo chileno

Nuestro ordenamiento constitucional tuvo un desarrollo algo tardío en lo que respecta a la regulación de los derechos sociales y de garantías de orden laboral. La Carta de 1833, así como los instrumentos constitucionales del siglo XIX, eran completamente tributarios de una idea liberal de la sociedad. Por tanto, allí difícilmente podrían encontrarse normas reguladoras del trabajo dependiente.

Los primeros esbozos de esta materia se vinieron a incorporar recién en el texto original del art. 10 N° 14 de la Carta de 1925, pero dichas normas no alcanzaban la verdadera naturaleza que con posterioridad se le otorgó a los derechos sociales⁵¹. Tampoco existía una idea clara en orden a establecer un sistema constitucional de relaciones laborales, o un entramado armónico y unitario de normas y principios sociales al estilo de los preceptos constitucionales que abundaron a partir de la segunda post guerra. Más bien, el texto original de la Carta de 1925 contemplaba una declaración refleja de una cierta aspiración tendiente a avanzar en determinados resguardos básicos⁵². Pero ello no era suficiente para concluir que nuestro país hubiese acogido derechos de carácter económico-social en su preceptiva constitucional.

⁵¹ La redacción original del art. 10 N° 14 de la Constitución de 1925, estableció que: “La Constitución asegura a todos los habitantes: La protección al trabajo, a la industria y a las obras de la previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y las de su familia. La ley regulará esta organización (inc. 1°). El 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 (inc. 4°)”.

⁵² Vid. en este sentido BERNASCHINA GONZALEZ, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1951, p. 509.

Con todo, no se puede dejar de señalar que la primitiva norma de la Constitución de 1925 fue desde luego un avance en la concepción que sobre esta materia existía en el liberal mundo jurídico nacional⁵³. A dicha fecha, el ordenamiento chileno aún se encontraba anclado a los códigos clásicos y no existía un desarrollo industrial que permitiera observar con toda claridad una legislación que diera respuesta a las presiones sociales que existían sobre la clase dirigente⁵⁴. Como se ha dicho en otras ocasiones, a comienzos de los años veinte nuestra legislación social era precaria, aislada y puntual, algo ineficaz en el contexto de la época, y muy rudimentaria en lo que se refiere a su técnica legislativa. Tampoco la idea de derechos sociales se encontraba totalmente asimilada entre nuestros legisladores.

Habría que advertir, no obstante, que el proceso de juridificación de los derechos sociales fue gradual a partir de la Constitución mexicana de *Querétaro* (1917) y de la Constitución social demócrata de la República de *Weimar* (1919). Como señala un autor, “la historia del constitucionalismo social hasta la Carta de *Weimar* es prácticamente la historia de un vacío”⁵⁵. Pues bien, desde esa perspectiva la norma constitucional del año 1925 debe ser vista como un aporte en cuanto a los alcances que ella tuvo sobre la normativa laboral. Al mismo tiempo, dicha normativa era congruente con el escaso nivel de industrialización que experimentaba el país a dicha época, así como con el consiguiente desarrollo de la estructura estatal. Si las Constituciones decimonónicas respondían a la lógica del Estado liberal, esas mismas Constituciones eran incapaces de explicar a cabalidad la relación Sociedad-Estado que emerge a raíz de la *cuestión social*. Y eso es precisamente lo que le ocurrió al texto original de la Carta de 1925, pues sus normas no recogían a cabalidad el conflicto jurídico que se produce entre *trabajo y capital*.

⁵³ La propia doctrina constitucional de la época estimaba que este precepto respondía a la “función dinámica, impulsora del progreso y bienestar sociales, que corresponde al Estado en todas sus partes y especialmente en países como el nuestro”. Vid. GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Anales de la Universidad de Chile, Santiago 1929, p. 142. En igual sentido AMUNATEGUI JORDAN, Gabriel, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1950, p. 362; y SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963, p. 303.

⁵⁴ Vid. en relación con el Código Político de 1833, pero aplicable a las reflexiones sobre el texto original de la Carta de 1925, CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios a la Constitución Política de 1833*, Imprenta de la Librería del Mercurio, 2^o edición, Santiago 1874, p. 186: “La infancia de nuestras industrias nos ha ahorrado esos conflictos que en otras partes han reclamado la organización del trabajo, i que han hecho desear la resurrección de los gremios i corporaciones que entre nosotros trababan y anulaban la libertad de la industria hasta la revolución de la Independencia. Todavía no se han hecho sentir entre nosotros los desastrosos efectos del exceso de la competencia e introducción de máquinas”. Vid. también y a mayor abundamiento WAISS BAND, Oscar, *Antecedentes económicos y sociales de la Constitución de 1833*, Imprenta y Enc. Lers, Santiago 1934, pp. 52 y ss.

⁵⁵ Vid. CASCAJO CASTRO, cit., p. 16. Cfr. también HAURIUO, André, GICQUEL, Jean, y GELARD, Patrice, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2^o edición, Ariel, Barcelona 1980, pp. 211 y ss.; y ROMAGNOLI, Umberto, “Weimar, ¿y después?”, en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, Madrid 1992, pp. 17 y ss.

Aceptado lo anterior, habrá que concordar que la regulación constitucional de los derechos sociales en Chile irrumpió verdaderamente con la publicación de la Ley N° 17.398, de 1971 (“*Estatuto de Garantías*”)⁵⁶. La discusión parlamentaria de

⁵⁶ En rigor, el origen de esta Ley se encuentra en un antiguo proyecto de reforma constitucional aprobado por la Cámara de Diputados en el año 1965, que, si bien no prosperó y quedó detenido en su segundo trámite constitucional en el Senado (aún cuando alcanzó a aprobarse en la Comisión de Reformas Constitucionales de esta corporación), sirvió de base al proyecto que dio lugar, posteriormente, al llamado *Estatuto de Garantías* del año 1971 (Ley N° 17.398). Tal como lo señaló SILVA BASCUÑAN en el seno de la Comisión Ortuzar, “en realidad, la historia de la Ley N° 17.398, de 1971, da poca luz sobre su exacto alcance y la incalculable trascendencia de las modificaciones consagradas en los actuales números 14, 16 y 17 del art. 10° (de la Constitución de 1925), pues fueron aceptadas las variaciones en la misma forma propuesta, como simple consecuencia del acuerdo político producido, sobre todo porque se limitó a restablecer y a dar fuerza al resultado a que se había llegado en todos estos puntos, con motivo de la amplia iniciativa de modificación de la Carta Fundamental propuesta por el Presidente Frei el año 1964” (Cfr. *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, sesión N° 194, celebrada en jueves 25 de marzo de 1976, p. 8). El proyecto del año 1965, y que fue remitido al Congreso Nacional con fecha 30 de Noviembre del año anterior, buscaba, según el propio mensaje del Ejecutivo, modernizar el aparato del Estado “*a fin de que cumpla con eficacia y agilidad sus funciones y sea al mismo tiempo, fiel intérprete de la voluntad popular*”. Dicho proyecto contenía una serie de reformas que graficaban la alta preocupación existente en la época por los problemas de los trabajadores y sus relaciones con la parte empresarial. Según el mensaje del Ejecutivo, “todas las Constituciones modernas consagran, en la enunciación de derechos de la persona humana, los derechos de carácter social. Esos derechos, reconocidos en instrumentos internacionales a los cuales ha concurrido el Gobierno chileno, forman parte del patrimonio cultural de nuestro tiempo y constituyen la conquista más importante de la gran multitud de los hombres que viven de su trabajo”. En el parecer de ese entonces existía una suerte de consenso general en orden a que los derechos sociales debían tener una primacía en su tratamiento y ello ameritaba, de por sí, su consagración constitucional. Con la magnitud de los hechos sociales que rodearon la década de los años sesenta, el Ejecutivo de aquél entonces consideraba que la Constitución se había quedado atrasada en relación a los conceptos sociales vigentes en cuanto a los derechos humanos. Los fundamentos anteriores dieron origen a una propuesta de reforma de diversos números contenidos en el art. 10° de la Constitución de 1925. En la historia fidedigna de la discusión de este proyecto, en la Cámara de Diputados, nos encontramos con algunos antecedentes que logran dilucidar la motivación de una reforma de esta magnitud en el campo social. Según lo expresa el Informe del Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara, “los textos constitucionales modernos incorporan en sus disposiciones la teoría de los derechos sociales y consagran las limitaciones del derecho de propiedad, que comienza a considerarse como un derecho cuyo ejercicio está condicionado por su función social. Las actuales tendencias del constitucionalismo contemporáneo, como muy bien lo anota el autor español Linares Quintana, no son políticas, como en los tiempos del absolutismo, ni jurídicas, como en los tiempos griegos y romanos. Son tendencias sociales y económicas, de posibilidades frente a la vida, a las nuevas conquistas de la civilización. El constitucionalismo actual es social, para destacar los principios jurídicos que tratan de buscar solución a los múltiples problemas de la sociedad contemporánea, para acercar la realidad social al derecho, o, mejor dicho, para que el derecho comprenda íntegramente la compleja realidad social que vivimos” (Informe del Presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la H. Cámara de Diputados, H. Diputado señor Patricio Hurtado Pereira, sesión 39ª, jueves 19 de agosto de 1965). El criterio recién esbozado constituía una opinión bastante aceptada, al menos entre los legisladores de la Cámara de Diputados de la época. En efecto, si se analiza la mayor parte de las intervenciones ocurridas en las respectivas sesiones en que

esta ley deja en evidencia las carencias normativas que sobre esta materia contenía la Carta de 1925, ya que ésta, “dentro de una concepción clásica, protege y ampara los derechos y garantías individuales, no dándole la debida importancia a los denominados derechos sociales. Con el objeto de paliar esta estructura, concordante con la época en que fue concebida, pero atrasada en el momento histórico político que vive el país y por el que atraviesa la humanidad, se incorporan estos nuevos derechos y es así como dentro del derecho al trabajo y su protección, se reconoce el derecho a sindicarse, el derecho a huelga, se le otorga personalidad jurídica a los sindicatos, federaciones y confederaciones de sindicatos”⁵⁷.

En síntesis, el reconocimiento de los derechos sociales en nuestro país tuvo una evolución constitucional lenta y tardía en relación con otros ordenamientos

se trató el punto, observamos que el constituyente del año 1965 compartía estos criterios y esta visión de la realidad constitucional. En este sentido, el Diputado Fernández, a nombre del Partido de Gobierno, afirmaba que “la Constitución Política que nos rige, no resiste ya el embate de 40 años de vigencia (...) la filiación intelectual del texto constitucional de 1925 es indiscutible. No presenta grandes novedades ni en su forma ni en su fondo, porque en esa ocasión no se hizo otra cosa que transcribir, sustancialmente y aún literalmente, gran número de normas contenidas en la Constitución precedente, de manera tal que los chilenos seguimos rigiéndonos, en muchos aspectos, por normas promulgadas hace 132 años, y que no pueden responder a las nuevas situaciones de la vida moderna y al avance arrollador del pueblo en su pleno ascenso a la conducción del destino patrio” (Cámara de Diputados, Diario de Sesiones de la H. Cámara, sesión 39ª, jueves 19 de agosto de 1965, p. 4400). Del mismo modo, el H. Diputado Monckeberg expresaba que su Partido veía convenientes, y les prestaba su aprobación, entre otras materias, a aquellas disposiciones que tendían a incorporar en la Constitución los derechos sociales. Todo este espíritu tendente a reforzar el papel del Estado como precursor de los derechos sociales se manifestó en cada una de las intervenciones en que se discutió el mencionado proyecto de reforma.

⁵⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sesión 6ª, jueves 15 de octubre de 1970. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputado, p. 388. Habrá que hacer presente, en todo caso, que la reforma del año 1971 abarcó incluso la situación específica de la seguridad social. En efecto, la Ley N° 17.398 agregó un número nuevo al art. 10 de la Constitución vigente, el cual estableció formalmente el derecho a la seguridad social. Ésta fue, en consecuencia, la primera norma constitucional que en nuestro país permitió establecer las bases institucionales de un verdadero sistema previsional, acentuando el carácter redistributivo del mismo (vid. NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Derecho de Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977, p. 131). El número 16 del art. 10 de la Constitución de 1925 (incorporado por la Ley N° 17.398) señaló lo siguiente: “La Constitución asegura a todos los habitantes: 16. El derecho a la seguridad social (inc. 1°). El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humana, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la riqueza (inc. 2°). La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica; preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares (inc. 3°). El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores (inc. 4°). 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 salud (inc. 5°)”.

de nuestro entorno. Ni la Constitución de 1833, ni el texto original de la Carta de 1925, se hicieron cargo verdaderamente de esta problemática, la que sólo vino a regularse a partir del año 1971 en virtud del acuerdo político que dio origen a la Ley N° 17.398.

4. Antecedentes históricos sobre la regulación constitucional del trabajo

Más allá de su cronología, el constitucionalismo chileno ha transitado por una evolución muy similar a las manifestadas por otros ordenamientos reguladores trabajo⁵⁸. La primera referencia constitucional se encuentra en el antiguo art. 142 (151) de la Carta de 1833 la que, inspirada en las teorías liberales que inundaban la época, terminó consagrando normas destinadas principalmente a reconocer la libertad de industria y comercio⁵⁹. En el fondo, se partía de la base que todo trabajo o industria y, por consiguiente, toda profesión, arte u oficio, debía ejercerse con plena autonomía individual, sin perjuicio de las limitaciones generales fundadas en la seguridad, la salubridad, las buenas costumbres y el interés nacional⁶⁰. Se trataba de una libertad abstracta, que confería al individuo

⁵⁸ Cfr. IRURETA URIARTE, Pedro, “Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago”, RCHD Vol. 19 N° 3 (1992), p. 491.

⁵⁹ El art. 151 de la referida Constitución de 1833 señalaba expresamente que: “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se ponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así”. Esta redacción resultaba bastante novedosa si se considera que la Constitución de 1828 no había establecido una norma específica sobre la industria, aún cuando los mismos constituyentes consideraban a esta libertad como una de las más sagradas e inviolables. Vid. LETELIER, Valentín, *La Gran Convención de 1831-33. Recopilación de Actas, sesiones, discursos, proyectos y artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833*, Catálogo de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago 1901, p. 229. En dicha obra se reproduce un artículo de El Valdiviano Federal, N° 66, de 21 de enero de 1833, cuyo tenor deja en evidencia el valor que se le asignaba a esta libertad (se ha mantenido la redacción y ortografía original): “Los autores de la Constitución de 28 nada determinaron sobre la industria, sin embargo de que, como dice Smith, es la más sagrada e inviolable de todas las propiedades del hombre, porque es la fuente orijinaria de todas las demás i el patrimonio del pobre, que solo consiste en la fuerza i habilidad de sus manos”. La omisión de la Carta de 1828 contrasta con los arts. 221 y 222 de la Constitución de 1822. El primero de los preceptos mencionados señaló que “*todo ciudadano tiene la libre disposición de sus bienes, rentas, trabajo e industria; así es que no se podrán poner impuestos sino en los casos muy urgentes, para salvar con la Patria las vidas y el resto de la fortuna de cada uno*”. El art. 222, por su parte, dispuso que la “*industria no conocerá trabas, y se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos*”. El texto de la Carta de 1833 fue reproducido prácticamente igual en las Constituciones de 1925 y de 1980. Todos estos instrumentos partían de la base que el individuo tenía una amplia facultad para buscar, obtener, ejecutar, desempeñar o desarrollar cualquier actividad lícita. Para un análisis de los textos constitucionales vid., por todos, VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República*, T. I y II, 2° edición, Andrés Bello, Santiago 1986.

⁶⁰ Vid. HUNNEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, en *Obras de don Jorge Hunneus*,

un poder jurídico de *hacer*, y que terminaba confundándose prácticamente con la libertad de contratar⁶¹.

La Constitución de 1925 amplió el contenido de la norma, incorporando elementos más vinculados al trabajo y a la previsión social. En efecto, el art. 10 N° 14 de la Carta Fundamental, conjuntamente con repetir las referencias a la libertad de industria y comercio, agregó que la Constitución le aseguraba a todos los habitantes “*la protección al trabajo, a la industria y a las obras de la previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia*”.

El numeral antes mencionado constituía la segunda parte de una moción formulada por el Presidente Arturo Alessandri y por don Luis Barros Borgoño, a objeto de poner término al debate sobre el derecho de propiedad. Mediante él, se manifestaba una suerte de pensamiento generalmente aceptado en orden a alejarse de la inspiración liberal del régimen económico que consagraba la Constitución de 1833. Como señala SILVA BASCUÑAN, “aún cuando antes de la Constitución de 1925 no había logrado el país amplio desarrollo industrial, la nueva Constitución se discute y se dicta en una época en que la inquietud social chilena revestía ya caracteres graves, muestra aquí, como en otras naciones, de la crisis de la orientación liberal de la sociedad, de la política y de la economía”⁶². De esta manera, el constituyente de 1925 incorporó en la Carta Fundamental –aunque sea puntual y parcialmente– los principios del socialismo de Estado y responde a la concepción de que al propio poder público le cabe la función dinámica, impulsora del progreso y del bienestar. Allí está su trascendencia, pues por primera vez la Constitución se ocupa del trabajo dependiente.

Con todo, los avances experimentados por la Constitución de 1925 no fueron

T. II, 2ª edición, Imprenta Cervantes, Santiago 1891, p. 362. Vid. también CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile*, 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 356 y ss.; y RAVEAU, Rafael, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, Nascimento, Santiago 1939, pp. 517 y ss.

⁶¹ Cfr. PELISSIER, Jean, “La liberté du travail”, *Droit Social* N° 1 (1990), p. 20.

⁶² Vid. SILVA BASCUÑAN, *Tratado*, cit., T. II, p. 301. Prueba de estas inquietudes sociales, en el marco constitucional, puede observarse en KONIG, Abraham, *La Constitución de 1833 en 1913*, Imprenta Santiago, Santiago 1913, p. 88 (se ha mantenido la redacción y ortografía original): “Las leyes sociales destinadas a favorecer al obrero, al desvalido, al anciano, a asegurar a todos el pan de cada día, el reposo en la vejez i un porvenir mas tranquilo i sereno que el presente, ¿a quiénes se deben? A gobiernos previsores i humanos, a los liberales de todos los países (...). En nuestro país felizmente se han iniciado estas reformas con buen éxito i no hai mas que continuar por el mismo camino. Tenemos que dar al obrero una habitación higiénica para que la ocupe como dueño, o por lo menos, como arrendatario; pero falta lo principal, radicar en el campo al inquilino, al peon ambulante, i facilitarles por todos los medios honrados, especialmente por el estímulo del ahorro, la adquisición de una pequeña hijuela de terreno en donde establezca en definitiva su hogar”.

suficientes como para concluir que nuestro Código Político incorporaba derechos económico-sociales⁶³. Resultaba evidente que en la redacción de sus normas aún permanecía una fuerte influencia del pensamiento liberal, toda vez que al momento de promulgarse la Constitución no existía un criterio uniforme sobre la conveniencia de reconocer derechos de índole laboral. Tuvo que transcurrir una larga etapa para que nuestro texto constitucional consagrara los denominados derechos sociales. Como se ha dicho, fue recién en el año 1971, con el denominado *Estatuto de Garantías*, que se incorporan en la Constitución atributos tan relevantes como el derecho al trabajo, el derecho de sindicación, el derecho de huelga o el derecho de seguridad social, entre otros⁶⁴.

La Constitución de 1980 -con una visión algo *economicista del mundo del trabajo*⁶⁵- se apartó de las tendencias consagradas por el Estatuto de Garantías. Su alejamiento no sólo se debió a cambios formales en su numeración; además existe un claro distanciamiento en lo que respecta al denominado constitucionalismo social⁶⁶. El Consejo de Estado -que conoció el anteproyecto de Constitución elaborado por la Comisión ORTUZAR- eliminó la consagración del *derecho al trabajo*, reemplazándolo por una idea genérica de *libertad de*

⁶³ Vid., en sentido contrario, GUERRA, cit., p. 142: “Este acápite importa incorporar a la Constitución los principios de un sano socialismo del Estado abandonando el individualismo característico de la Constitución de 1833. Responde también a la función dinámica, impulsora del progreso y bienestar sociales, que corresponde al Estado en todas partes y especialmente en países como el nuestro, que está dando los primeros pasos en el camino de la civilización y en que la iniciativa particular es deficiente e interesada aunque se vanaglorie de ser amplia y altruista”. En igual sentido QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969, p. 254: “En esta disposición se reglamenta también la libertad de comercio e industria. Son garantías individualistas de tipo liberal, pero este mismo precepto contiene principios y finalidades sociales”.

⁶⁴ Cfr. Ley N° 17.398, de 9 de enero de 1971. Después de la reforma constitucional de 1971, el inciso primero del art. 10 N° 14 de la Carta de 1925 quedó redactado en los siguientes términos: “La Constitución asegura a todos los habitantes: 14.º La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana y a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan”. Los incisos segundo, tercero y cuarto se referían al derecho de sindicación, y el inciso quinto decía relación con la libertad de industria y comercio.

⁶⁵ Vid. WALKER ERRAZURIZ, Francisco, “Análisis sucinto de las normas constitucionales vigentes en materia de Derecho laboral en Chile”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 209.

⁶⁶ Cfr., por todos, VIVANCO MARTINEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, T. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2006, p. 425; y VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, T. I., 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, p. 286.

*trabajo*⁶⁷. Asumiendo una reducción casi automática a la categoría de mandatos programáticos algo retóricos, los integrantes del Consejo de Estado optaron por eliminar toda referencia a un derecho social del estilo del derecho al trabajo, así como a cualquier otra declaración análoga que no diera acción para exigir su cumplimiento. De allí que nuestra actual Constitución no tenga referencias para la alimentación, la vivienda, el vestuario, las limitaciones de jornada, la cultura o las vacaciones, entre otras varias alternativas, a pesar de que muchas de estas categorías se encuentran ampliamente reconocidas a nivel internacional⁶⁸.

En el fondo, los redactores de la Constitución partieron de la base que la naturaleza de los denominados derechos sociales suponía una prestación directa por parte del Estado que éste no estaba en condiciones de cumplir, cuestión que podría provocar un *descrédito constitucional*⁶⁹. De allí que, la Carta de 1980 optó

⁶⁷ El anteproyecto constitucional de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, cuyo conocimiento le correspondió al Consejo de Estado, regulaba este precepto en los siguientes términos (en la transcripción se excluyen los incisos noveno y décimo, que trataban materias propias del Derecho colectivo): “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 15. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo (inciso primero). Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacional chilena en los casos que ella determine (inciso segundo). Toda persona tiene derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución que asegure a ella y a su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana (inciso tercero). Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así (inciso cuarto). No se podrá exigir la afiliación a una organización gremial como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo (inciso quinto). La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deban cumplirse para ejercerlas. La ley podrá exigir la colegiación sólo respecto de las profesiones universitarias (inciso sexto). La ley establecerá formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituya la empresa (inciso séptimo). Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute de su tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (inciso octavo)”.

⁶⁸ Cfr. MAYORGALORCA, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990, p. 123. Vid. también CEA EGAÑA, José Luis, “Dignidad, derechos y garantías en el régimen constitucional chileno”, en *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Corporación de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 5, Santiago 1996, pp. 46 y ss.

⁶⁹ Cfr. BULNES ALDUNATE, Luz, “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, RDP N° 29-30 (1981), p. 124; y de la misma autora, “El derecho de elegir el sistema de salud y la evolución de la jurisprudencia”, en *Actas XXXIX Jornadas de Derecho público*, LexisNexis, Santiago 2005, p. 191. Vid. además SILVA GALLINATO, María Pía, “Los derechos laborales en la Constitución de 1980”, en *Constitución 80'. Estudio Crítico*, Ediar-ConoSur, Santiago s/f, p. 123: “Por otra parte, la supresión del derecho al trabajo—que fue el resultado del informe del Consejo de Estado—no tiene otro sentido que evitar establecer derechos cuyo cumplimiento no puede ser exigido efectivamente al Estado”. Existen otros antecedentes que justificarían, a juicio de los redactores de la Carta de 1980, la eliminación expresa del derecho al trabajo. En efecto, en la sesión 63ª del Consejo de Estado, de fecha 16 de enero de 1979, edición manuscrita, don Juvenal Hernández señaló que consideraba innecesario hablar de “*derecho al trabajo*”, ya que estimaba sumamente clara la frase inicial

por fortalecer los derechos de autonomía laboral, poniendo énfasis en la libertad de trabajo, en la libre contratación y elección del trabajo, en la no discriminación laboral, y en la libertad de afiliación⁷⁰.

El criterio recién indicado se apartaba de la propuesta que había formulado inicialmente la Comisión Ortúzar, y fue decidido por el Consejo de Estado. También se apartaba de una tendencia generalizada en el constitucionalismo de la post guerra. Salvo el caso de la *Ley Fundamental de Bonn*⁷¹, lo cierto es que la mayoría de las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX consagraron de forma expresa el reconocimiento del derecho al trabajo, dándole carta de naturaleza como derecho autónomo y conceptualmente diverso de la libertad de trabajo y de la libertad profesional⁷².

La explicación para este cambio normativo se explica en la visión jurídica que el Consejo de Estado tenía sobre el derecho al trabajo. Para estos redactores, la consagración de este derecho supondría la asunción de un verdadero poder jurídico que habilitaría a su titular para ejercer un conjunto de facultades o posibilidades que, en último término, responsabilizarían al Estado. Según ellos, el Estado es incapaz de resolver pretensiones de esta naturaleza, más aún si se considera que la Constitución de 1980 privilegiaba un sistema económico basado en la libertad de empresa, en que los particulares, y no el poder público, son los principales oferentes de empleo.

Con todo, en la actualidad existe consenso doctrinario en orden a que la

del inciso primero del N° 16, “pues la palabra protección traduce perfectamente la idea que se desea expresar”. El planteamiento de Hernández fue acogido, además, por don Enrique Ortúzar, quien aclaró que “la frase se incluyó por aparecer en la Declaración de Derechos Humanos y en la Carta Fundamental de 1925 reformada en 1970” (vid. IRURETA URIARTE, “Consecuencias”, cit., p. 495). En la misma sesión y en igual sentido se expresó el consejero Pedro Ibáñez: “El señor Presidente pregunta cuál es el objeto de la expresión ‘toda persona tiene derecho al trabajo’, que se introdujo en la reforma previa a la asunción del señor Allende al poder. A juicio de don Pedro Ibáñez se trata de una declaración lindante con lo absurdo y que implica un engaño para los trabajadores, motivo por el cuál es partidario de decir: ‘Será preocupación preferente del Estado procurar el mayor número de posible de fuentes de trabajo para los habitantes de la República’”. Una crítica a estas teorías que, de alguna manera, retoman el modelo de los *derechos públicos subjetivos* como pretensiones dirigidas fundamentalmente al Estado, en BALDASARRE, cit., pp. 43 y ss.

⁷⁰ Con todo, al momento de redactarse la garantía había coincidencia en señalar que la obligación de otorgar prestaciones por el parte del Estado está supeditada a las posibilidades reales que tenga la sociedad. Así lo manifestó, en su momento, SILVA BASCUÑAN en *Actas*, cit., sesión N° 194, p. 11: Una problemática tan compleja “no puede menos que estar condicionada a las posibilidades de la sociedad en un momento dado, y le parece que, además, es indiscutible, en principio y en la práctica, que las fórmulas destinadas a satisfacer estas aspiraciones del Constituyente son muy diversas”.

⁷¹ Vid. por todos ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 3° reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 482 y ss.

⁷² Cfr. LOPEZ GANDIA, cit., p. 147.

proclamación constitucional del derecho al trabajo no implica el surgimiento de derechos subjetivos estrictos por parte de los ciudadanos; o deberes del Estado en orden a facilitar puestos de trabajo, sobre todo en un sistema económico basado en la libertad de empresa⁷³. Si la oferta de empleo, en el sistema económico actual, depende esencialmente del sector privado, no se ve razón para que el Estado se entienda obligado a crear especiales plazas de empleo, más aún si la oferta de los empleadores es autónoma⁷⁴. Pero ello no impide que este tipo de derechos le impongan al poder público el deber de adoptar medidas precisas para intentar cumplir el programa constitucional⁷⁵. Esas normas políticas, así como las directrices y principios que subyacen en los derechos sociales, permiten avanzar en la consecución de un fin constitucional: la igualdad material⁷⁶.

⁷³ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, pp. 287 y 296. Vid. también FERNANDEZ, “Los derechos constitucionales”, cit., p. 473: “La inclusión en el texto constitucional del derecho a una vivienda digna, por ejemplo, no permite, ciertamente, al ciudadano que carezca de ella acudir al Juez ordinario para exigir de éste una Sentencia que condene a la Administración a proporcionársela, pero tampoco es un puro *flatus vocis*, carente de virtualidad alguna. El reconocimiento constitucional de este derecho obliga efectivamente al legislador a promulgar una Ley de urbanismo y vivienda con un contenido tal que haga posible y viable el derecho en cuestión”.

⁷⁴ Vid. ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 492: “La colisión entre derechos fundamentales sociales y derechos de libertad se vuelve especialmente clara en el derecho al trabajo. En un sistema de economía de mercado, el Estado puede disponer sólo limitadamente del objeto de este derecho. Si quisiera satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo, tendría o bien que dar ocupación a todo desempleado dentro del marco de la administración pública existente o limitar y hasta eliminar la disponibilidad de los puestos de trabajo por parte de la economía privada”. A mayor abundamiento, vid. MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, “Derecho al trabajo y políticas de empleo”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 1318: “la doctrina científica conviene mayoritariamente en que tal derecho (al trabajo) no puede fundar la garantía a un empleo adecuado para cada trabajador (...) la oferta de empleo depende mayoritariamente de sujetos privados, los empleadores, cuya decisión de crear empleo es libre y, por lo mismo, jurídicamente incoercible, al amparo de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y garantizada”; SASTRE IBARRECHE, cit., p. 99: “Y, si ello es así y, como ya se señaló, la satisfacción de ciertos derechos de prestación se halla supeditada al poder de disposición del Estado sobre el objeto de exigencia, resultaría que un entendimiento del derecho al trabajo como obligación estatal de procurar a todos los ciudadanos un empleo remunerado, sólo sería factible en una economía planificada, marco dentro del cual el Estado, como empresario único, sí dispondría de los puestos de trabajo”; y BALDASARRE, cit., p. 101: “un ‘derecho al puesto de trabajo’ puede garantizarse como pretensión jurídica tutelada (tanto en la forma de un derecho subjetivo como en la de un interés legítimo) sólo en el ámbito de un sistema en que el poder público esté en condiciones de gobernar libremente la demanda de trabajo, es decir al interior de un régimen fundado en la propiedad pública de los bienes económicos”.

⁷⁵ Cfr. LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1970, pp. 401 y s. Para una perspectiva más general, cfr. también DWORKIN, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, La isla de la luna, Buenos Aires 2003, pp. 41 y ss.

⁷⁶ Cfr. por todos BALDASARRE, cit., pp. 57 y ss.; GONZALEZ MORENO, cit., pp. 102 y ss.; y PRIETO SANCHIS, cit., pp. 17 y ss.

El problema es que el Consejo de Estado partía de una tesis, algo superada, de que el único obligado a cumplir una exigencia constitucional de esta naturaleza es el poder público⁷⁷. Pero esa concepción no sólo era cuestionable desde el punto de vista jurídico sino que, también, contradictoria con otras disposiciones del art. 19 N° 16, en que el único obligado es el sujeto privado. Así ocurría, por ejemplo, con la exigencia de que el trabajo debía ser compensado con una *justa retribución*. Si efectivamente el *derecho al trabajo* no fue consagrado por temor a que éste fuese exigido al Estado, entonces con la misma lógica debería haberse suprimido la referencia a que todo trabajo debe dar origen a una *justa retribución* ya que en este caso también nos encontramos ante un derecho de *doble cara*, “porque se hacen valer tanto hacia los poderes públicos como en las relaciones entre particulares”⁷⁸. Ello demuestra que parte importante de las regulaciones vinculadas a los derechos laborales terminan afectando tanto al Estado como a las personas privadas⁷⁹.

Por otra parte, la consagración de derechos sociales –al estilo del derecho al trabajo que consagraba la reformada Carta de 1925- siempre se ha entendido con un carácter relativo⁸⁰. En las sociedades contemporáneas, dominadas por la división social y material del trabajo, lo que exigen estos derechos es que los poderes públicos fomenten la creación de empleo por parte de los particulares⁸¹, y que se estructure una normativa que asegure el derecho a la ocupación efectiva⁸², las garantías frente al despido injustificado o el derecho a prestaciones por desempleo⁸³.

⁷⁷ Vid. por todos GONZALEZ MORENO, cit., pp. 149 y ss.

⁷⁸ Vid. CASCAJO CASTRO, cit., p. 68. Cfr. además PECES-BARBA MARTINEZ, cit., pp. 59 y s.

⁷⁹ Cfr. ABRAMOVICH y COURTIS, cit., pp. 34 y s.: “Así, el establecimiento de un salario mínimo, el principio que establece la igualdad de remuneraciones ante igualdad de tareas, la obligatoriedad de los descansos, de la jornada de trabajo limitada y de vacaciones pagadas, la protección contra el despido arbitrario, las garantías de los delegados gremiales para el cumplimiento de gestión, etc., tendrían poco sentido si fueran exigibles sólo al Estado cuando éste actúa como empleador”.

⁸⁰ Vid. por todos SASTRE IBARRECHE, cit., p. 73: “esto es, su condicionamiento por las circunstancias y datos económicos”. Y agrega en p. 75: “En efecto, constituye un lugar común afirmar que estos derechos dependen estrechamente de una previa estructura socio-económica, presentándose así, condicionados por factores externos al dato puramente jurídico”.

⁸¹ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid 1982, p. 35. Vid. también ABRAMOVICH y COURTIS, cit., p. 23.

⁸² Vid. MARTINEZ ABASCAL, cit., 1340: “el derecho a la ocupación efectiva es una expresión indisociable del derecho constitucional al trabajo, formando parte así de su contenido esencial”.

⁸³ Vid. MONTOYA MELGAR, Alfredo, “El trabajo en la Constitución (la experiencia española en el marco iberoamericano)”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la

A nuestro entender, lo que el constituyente de 1980 dejó de lado es la idea de que la Constitución no sólo se reduce a configurar límites al actuar de los poderes públicos; también exige un deber positivo de dichos órganos a objeto de avanzar hacia un diseño de la sociedad que la propia Constitución ha prefigurado⁸⁴. Si el plan laboral de la Constitución incorporaba un rol activo del Estado en la creación de políticas sociales de fomento del empleo, lo lógico es que la Carta Fundamental hubiese incorporado este razonamiento dentro de su normativa. Más aún si el *derecho al trabajo* se ha configurado tradicionalmente como el símbolo más elocuente del conjunto de los derechos fundamentales garantizados a los trabajadores⁸⁵. Si, por el contrario, lo que buscaban los redactores de la Constitución era alejarse de esa posibilidad, fortaleciendo el rol privado en lo que se refiere a la oferta de puestos de trabajo, entonces esta omisión responde a una clara idea del tipo de sistema económico que se quería estructurar.

En síntesis, la Constitución de 1980 se limitó a contener una variedad de normas que ordenan el trabajo humano y lo vinculan a un esquema regulatorio mayor del sistema de relaciones laborales y económicas. Esta ordenación es bastante amplia y detalla cuadros de derechos diversos, aún cuando muchos de ellos se consagren en un sólo numeral. Eso ocurre, por ejemplo, con el art. 19 N° 16 de la Constitución, que aglutina dentro de sí amplios preceptos correspondientes a bloques propios del trabajo individual, del ejercicio de derechos colectivos, u otros relacionados simplemente con el ejercicio profesional.

Lo anterior no impide sostener que el art. 19 N° 16 constituye un precepto clave al momento de explicar el programa laboral de la Constitución. De alguna manera, dicho precepto representa el modelo de relaciones de trabajo que ostenta nuestro Código Político, y permite entender en su globalidad el Orden Público económico y laboral que rige en el Derecho chileno. Ese orden, en lo que respecta al Derecho del Trabajo, se caracteriza por el reconocimiento de la libertad de trabajo y de empresa, el pluralismo social, la autonomía colectiva, y la tutela y protección del trabajo.

Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 473. Del mismo autor, vid. además “El trabajo en la Constitución”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Subdirección General de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 41.

⁸⁴ Vid. en esta perspectiva DE OTTO, cit., p. 45: “la Constitución no sólo hace *posible* esa sociedad estableciendo los cauces por los que cabe llegar a ella e impidiendo que el poder los obstruya limitando las libertades, sino que además la impone como un orden que el poder público tiene el *deber* jurídico de alcanzar”; y FERNANDEZ, “Los derechos constitucionales”, cit., p. 474: “el reconocimiento constitucional de los derechos económicos y sociales no está huérfano de consecuencias jurídicas y que la principal de éstas es la imposición a los gobernantes y, en particular, a los legisladores del deber inexcusable de completar y perfeccionar esos derechos”.

⁸⁵ Cfr. BALDASARRE, cit., p. 99.

Con todo, habrá que reconocer que el precepto adolece de una cierta heterogeneidad que resiente la conceptualización sistemática⁸⁶. En efecto, en el art. 19 N° 16 conviven derechos de distinta índole, no sólo aquellos de carácter exclusivamente laboral, confundándose derechos civiles y políticos con derechos propios del trabajo dependiente. Incluso, en el ámbito laboral, se mezclan en un solo precepto derechos colectivos e individuales, sin perjuicio de que existen otras garantías centradas en el derecho de sindicación (art. 19 N° 19), en el derecho de la seguridad social (art. 19 N° 18), o en el derecho a la protección de la salud (art. 19 N° 9).

⁸⁶ Cfr. MAYORGA LORCA, cit., p. 123.

II. TITULARES INDIVIDUALES PROTEGIDOS POR EL ART. 19 N° 16 DE LA CONSTITUCIÓN

Como es sabido, la Carta de 1980 reguló dentro de la garantía del art. 19 N° 16 un conjunto de derechos y libertades aplicables, en algunos casos, sólo a los trabajadores, y en otros a toda persona que realizara actividades productivas dignas de protección. En ese contexto, la Constitución reglamenta figuras tales como la libertad de trabajo, la libertad de contratación, la libertad de industria y comercio, la no discriminación, la huelga o la negociación colectiva, entre otras, aún cuando la aplicación de alguna de estas figuras no se reduce exclusivamente a la persona del trabajador dependiente. Esto deja en evidencia, como ya se dijo, una cierta heterogeneidad de la norma constitucional, pues no todos los derechos a que se hace referencia tienen un carácter exclusivamente laboral.

En rigor, el art. 19 N° 16 pretende englobar en un solo precepto todas las manifestaciones del trabajo humano, independientemente de si la persona está sujeta a un vínculo de naturaleza laboral. Esa opción afecta el carácter eminentemente social de la garantía, y de alguna forma contribuye a desdibujarla, pues parte de la base -errónea- que el titular del derecho es un sujeto homogéneo sociológicamente hablando. Más aún, en innumerables casos, la libertad de trabajo se termina confundiendo en un solo concepto con la libertad de empresa, cuestión que *destiñe* su naturaleza jurídico-social.

El art. 19 CPR comienza señalando que la Constitución asegura a todas las personas las garantías que, para cada caso, se indican en sus veintiséis numerales. En lo que respecta al número 16 en particular, se aseguran las garantías propias del mundo del trabajo. Con todo, y a pesar de lo terminante que resulta la redacción constitucional, no todas las personas son titulares de estas garantías, ni tampoco ésta se entiende exclusivamente aplicable al trabajador dependiente. Lo anterior obliga a revisar determinados grupos de casos a objeto de evaluar si la garantía en cuestión se les aplica efectivamente.

1. El ámbito subjetivo y los trabajadores independientes

Tanto en el seno de la Comisión redactora, como en la aplicación jurisprudencial de esta garantía, ha existido acuerdo en orden a sostener que la libertad de trabajo debe tener una aplicación amplia, referida tanto a los trabajadores dependientes como independientes. Como en su momento lo señaló el propio ORTUZAR, “en la Comisión había cierto consenso para estimar, de alguna manera, que el trabajo es una expresión de la dignidad y de la actividad del ser humano, que merece la protección del Estado, y que es deber del Estado crear fuentes de trabajo para evitar que este derecho quede sólo en la letra del texto

respectivo”⁸⁷. En razón de ello, la protección se hace extensiva a todo tipo de trabajo lícito, ya sea típico o atípico, permanente o temporal, independiente o subordinado, ya sea que esté legalmente definido o no⁸⁸. Esta opción extensiva parte de la base que la norma constitucional tutela el trabajo en sentido amplio, cuestión que por lo demás es coincidente con el Convenio N° 150 de la OIT.

Ciertamente, una aplicación tan amplia del ámbito subjetivo desnaturaliza un carácter esencialmente laboral de la garantía. Más aún, doctrinariamente este tipo de extensiones del ámbito subjetivo han sido rechazadas en atención a que sólo lograrían diluir el contenido y alcance de los derechos laborales. Según LOPEZ GANDIA, se trataría de redacciones ancladas en visiones liberales, según la cual el derecho al trabajo no vincularía a los poderes públicos a un comportamiento activo, sino, simplemente, a una no intervención dirigida a no vulnerar la libertad de trabajo⁸⁹.

La conclusión anterior debe ser matizada, no obstante, en el caso de aquellos derechos estrictamente laborales que consagra el numeral 16. Por ejemplo, el derecho a negociar colectivamente y a ejercer los derechos de huelga, son predicables exclusivamente de los *trabajadores dependientes*, sin que sea admisible pretender extenderlo a sujetos que no mantienen un vínculo laboral⁹⁰.

2. El ámbito subjetivo y las personas jurídicas

Como se ha dicho, en la garantía establecida en el art. 19 N° 16 de la Constitución cohabitan distintas normas, aplicables tanto a trabajadores dependientes como a personas que prestan servicios en virtud de vínculos extralaborales o simplemente autónomos. En esa perspectiva, jurisprudencia y doctrina han en-

⁸⁷ Vid. *Actas*, cit., sesión N° 199, p. 4. Vid. también como elemento de comparación ROLDAN, Alcibíades, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, 3° edición, Imprenta Laguna & Co., Santiago 1924, p. 162: “La Constitución nos asegura este derecho en tales condiciones que podamos consagrarnos a cualquier clase de trabajo o industria, sin temor a sufrir perturbaciones de parte de la autoridad”.

⁸⁸ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, T. IV, 2° edición, Coimbra Editora Limitada, Coimbra 1993, p. 438. Sobre la amplitud con que se ha aplicado la garantía, vid. además el Dictamen N° 931/114, de 23 de marzo de 1995, de la COMISION PREVENTIVA CENTRAL, en el cual se asocian las normas protectoras de la libre competencia con la libertad de trabajo “*en su más amplia acepción*”, RDJ T. XCII (1995), sección sexta, pp. 89 y ss. En igual sentido, sentencia de la CORTE SUPREMA de 8 de junio de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección quinta, pp. 67 y ss.

⁸⁹ Cfr. LOPEZ GANDIA, cit., p. 148.

⁹⁰ Los incisos quinto y sexto del número 16 del art. 19 no dejan lugar a dudas a este respecto: “La negociación colectiva con la empresa en que laboran es un derecho de los *trabajadores*”; y “La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos *trabajadores* estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

tendido que figuras 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.

El problema surge en lo que respecta a las personas jurídicas⁹¹. Desde luego, como prestadoras de servicios, ellas no pueden estar sometidas a un vínculo de naturaleza laboral. 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 tanto, la persona jurídica se comportará, para estos efectos, como prestadora de servicios regida por el Derecho común, o lisa y llanamente como empresario o empleador.

En consecuencia, la pregunta que habría que resolver dice relación con la titularidad que tiene la persona jurídica para invocar la libertad de trabajo. La jurisprudencia ha sostenido, en determinados casos, que el derecho a la libertad de trabajo sólo es aplicable a las personas naturales o físicas. La persona jurídica, por tanto, carecería de legitimación activa para reclamar eventuales atentados al ejercicio de la libertad⁹². En el fondo, se ha razonado sobre la base que la garantía de la libertad de trabajo sólo es aplicable a personas que comprometen su propia capacidad física, y no a entes abstractos que desarrollan actividades civiles o comerciales.

⁹¹ Nuestra Constitución carece de una norma expresa que asegure el ejercicio de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, tal como ocurre, por ejemplo, con el art. 19.3 de la Constitución alemana: “Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables”. Con todo, el enunciado del art. 19 de nuestro Código Político es lo suficientemente amplio y se entiende aplicable a todo tipo de personas, incluso las jurídicas. Para un análisis sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales, vid., por todos, CRUZ VILLALON, Pedro, “Dos cuestiones de titularidad de derechos fundamentales: los extranjeros; las personas jurídicas”, REDC N° 35 (1992), pp. 67 y ss.; GOMEZ MONTORO, Angel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: Un intento de fundamentación”, REDC N° 65 (2002), pp. 49 y ss.; y LASAGABASTER, Iñaki, “Derechos Fundamentales y personas jurídicas de Derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991, pp. 651 y ss. Vid. además DIAZ LEMA, José Manuel, “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. II. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1988, pp. 1153 y ss.

⁹² Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 6 de octubre de 1987, RDJ T. LXXXIV (1987), sección quinta, p. 284. En este caso, un Centro Médico y Laboratorio Clínico reclamó en contra de una resolución de suspensión aplicada por el Servicio Nacional de Salud, la cual le impedía a dicho ente otorgar prestaciones a través de la modalidad de libre elección a que se refería la Ley N° 18.469. En el plano doctrinal, vid. opinión contraria a esta tesis en LASAGABASTER, “Derechos Fundamentales”, cit., p. 657: “El lastre ideológico, que condiciona el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas, es el derivado de las concepciones de los derechos fundamentales como derechos suprapositivos, predicables solamente de las ‘personas humanas’”.

A nuestro entender, la aplicación de la garantía exige algunas puntualizaciones. En primer término, no cabe duda que las personas naturales, ya sea en régimen de contratación civil o laboral, se ven amparadas por la norma constitucional. Así lo han reiterado la jurisprudencia y la doctrina⁹³, y ello se explica por el carácter amplio que se le quiso otorgar al numeral 16 del art. 19. En lo que respecta a las personas jurídicas, habría que distinguir si se trata de un mero derecho de libertad, asociado al art. 19 N° 21 (sobre libertad de empresa), o si, por el contrario, se encuentra referido exclusivamente a garantizar el trabajo personal, más allá de su régimen contractual, que llevan a cabo los sujetos físicos. Esta última alternativa parece la más correcta. La libertad de trabajo es una garantía que se consagró precisamente para proteger el trabajo humano, y no la actividad empresarial de las sociedades civiles o comerciales, o de las personas jurídicas. Esta hipótesis ya se encuentra suficientemente cubierta por la norma relativa a la libertad de empresa, y pretender aplicarles el art. 19 N° 16 simplemente desnaturalizaría los contornos de la figura. La libertad de trabajo que consagra la Constitución no es un mero derecho de libertad, de carácter subjetivo. Su estructura y contenido lo lleva a vincularse, aunque sea indirectamente, con el propio constitucionalismo social, y con un conjunto de principios e instituciones que se explican en la protección del trabajo humano. De allí que parezca más razonable aplicarles a las personas jurídicas la norma del art. 19 N° 21 cuyo contenido esencial, por lo demás, también incluye derechos tales como la libre elección, la libre contratación y la no discriminación.

3. Los funcionarios públicos

Este colectivo de trabajadores, a pesar que reúne muchas de las características propias de cualquier trabajador del sector privado, tiene algunas limitaciones que obligan a circunscribirlo dentro de la lógica establecida en el art. 19 N° 17 de la Constitución. En efecto, y por aplicación del principio de especialidad, habrá que concluir que la regulación de una prestación de servicios dependientes, en el marco de la función pública, debe analizarse de cara al mencionado precepto, sobre todo en lo que se refiere al régimen funcional.

Así lo ha reafirmado nuestra jurisprudencia, en el sentido que la regulación del empleo público obedece a criterios y normas distintas de aquellas que regulan el empleo privado⁹⁴. En esta perspectiva, la redacción del art. 19 N° 17 CPR es

⁹³ Cfr. sentencia de la CORTE SUPREMA de 20 de septiembre de 1984, RFM N° 310 (1984), p. 492. En el plano doctrinal, cfr. GUZMAN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 2001, pp. 172 y ss.; BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La capacidad para contratar la prestación de servicios”, RDN núms. XXIX-XXX (1960), p. 82; y CASTAN TOBENAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, T. I, Vol. II, reimpresión de la 14° edición, Reus, Madrid 1987, p. 109.

⁹⁴ Vid. entre otras sentencia de la CORTE SUPREMA de 12 de julio de 1999, GJN° 229 (1999),

perentoria, y recalca la tesis de que la admisión a *todas* las funciones y empleos públicos se rigen por los requisitos que impongan la Constitución y las leyes.

En el campo de la relación funcionaria, la actuación empleadora de la Administración dentro de un régimen estatutario deja al descubierto una relación orgánica en virtud de la cual la Administración, en cuanto organización pública, ostenta una posición de supremacía, apartándose de la regulación de las prestaciones de servicios del Derecho común sometidas al ordenamiento laboral, y que le permite dictar unilateralmente las condiciones de empleo de sus funcionarios⁹⁵. El sujeto que le presta los servicios, por su parte, se integra en la estructura administrativa como titular de un determinado órgano, desempeñando, en virtud de un nombramiento legal, servicios de carácter permanente, figurando en las correspondientes plantillas y percibiendo sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos⁹⁶. El acto de nombramiento del funcionario, por tanto, no constituye la aceptación de un contrato del cual pueda derivarse una situación jurídica subjetiva para el involucrado, sino que “un acto condición, que le coloca en una situación jurídica objetiva: la descrita, en cada momento, por las normas que integren su estatuto”⁹⁷.

En estos casos, la Administración adquiere una naturaleza diversa a la regulada por las normas laborales, ya que la autonomía de la voluntad se encuentra sometida a rígidos esquemas que alteran el régimen normal de la libertad de contratación -cuya fijación ha sido previamente determinada en una norma legal-, obligando a la Administración a que concrete su ofrecimiento en la oferta anual de empleo público⁹⁸.

Con todo, y sin perjuicio de la minuciosa reglamentación que efectúa la ley con respecto a la prestación de servicios efectuada por los funcionarios, la verdad es que en estos supuestos la naturaleza empleadora de la Administración también

p. 180; sentencia de la CORTE SUPREMA de 5 de noviembre de 2001, GJ N° 257 (2001), p. 155; y sentencia de la CORTE SUPREMA de 18 de diciembre de 2003, GJ N° 282 (2003), p. 287.

⁹⁵ Vid. MARTIN PUEBLA, Eduardo, “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, T. 1990-1, pp. 85 y s.

⁹⁶ Cfr. PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, T. II, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 432. Vid., también GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid 1996, pp. 52 y s.

⁹⁷ Cfr. ENTRENA CUESTA, Rafael, “El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid 1991, p. 2601.

⁹⁸ Cfr., entre otros, ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, “El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público”, *Documentación Administrativa* N° 210-211 (1987), p. 229; DIEZ SANCHEZ, Juan José, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 33 y s.; y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Dualismo representativo en el empleo público”, *Relaciones Laborales*, T. II (1987), p. 40.

se ve revestida de una serie de elementos que es posible configurar en el ámbito de la relación laboral privada: el vínculo en cuestión se inicia voluntariamente por ambas partes, existiendo una prestación personal por cuenta ajena, bajo dependencia jurídica, en que los servicios efectuados son *repcionados* por la Administración y retribuidos pecuniariamente⁹⁹. Es decir, se estructura una idea básica cuyos contornos externos son perfectamente encuadrables dentro de la esfera general del acto jurídico laboral. Por ello, y según ha recalcado la doctrina¹⁰⁰, desde el punto de vista de la prestación misma, la diferencia no existe, siendo estéril pretender precisar una doctrina general de plena y amplia validez que distinga en relación con este elemento.

Esta configuración externa u objetiva debe ser, sin embargo, matizada de acuerdo a las características intrínsecas que existen en la actuación empleadora de la Administración, dentro de una relación funcional; cuestión que la hace disociarse diametralmente de la idea “*laboral*” que regula el Código del Trabajo, y romper con una “*visión unitaria*” de la prestación de servicios bajo dependencia de un empleador¹⁰¹.

En la relación funcional la verdad es que la Administración se convierte en un “*empleador singular*”¹⁰², obligado a respetar la normativa específica que rige su actividad, y en la cual, según se dijo, la autonomía de las partes se encuentra notoriamente restringida¹⁰³. Ella concurre dotada de una evidente *configuración administrativa* que la hace actuar conforme a una serie de reglas y principios muy propios del Derecho público, y que la sitúan sin duda bajo la figura de un superior jerárquico¹⁰⁴. Sólo por nombrar algunas diferencias, hay que tener presente que el sistema de nombramientos, los mecanismos reguladores de las condiciones de trabajo, y la propia estructura retributiva, dejan en evidencia que

⁹⁹ Cfr. por todos ALONSO OLEA, Manuel, “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid 1989, p. 52.

¹⁰⁰ Cfr. entre otros ALONSO OLEA, “Los límites”, cit., p. 49; GARCIA LOPEZ, Rafael, “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, REDT N° 44 (1990), pp. 656 y 662; GODINO REYES, cit., p. 58; ORTEGA, Luis, “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, REDA N° 26 (1980), pp. 423 y s.; y PRADOS DE REYES, Francisco, “Las peculiaridades de trabajo en el empleo público”, Actualidad Laboral N° 16 (1990), p. 188.

¹⁰¹ Sobre las ventajas e inconvenientes de una tesis unitaria, vid. por todos BERMEJO CABRERO, Fernando, “Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública”, REDA N° 62 (1989), p. 235.

¹⁰² Cfr. DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid 1995, p. 61.

¹⁰³ Cfr., entre otros, ENTRENACUESTA, “El régimen estatutario”, cit., p. 2601; LOPEZ GANDIA, cit., p. 270; MARTIN PUEBLA, cit., p. 97; y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Dualismo representativo”, cit., p. 41.

¹⁰⁴ Cfr. RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean, *Droit du Travail*, 13 edición, Presses Universitaires de France, Paris 1993, p. 90.

en la especie existe una diametral dicotomía en relación con aquél que contrata de acuerdo a la normativa laboral o del derecho común¹⁰⁵.

Asimismo, el objeto de la prestación no es el mismo ya que se tiende a satisfacer un interés social, no uno de índole privado. La finalidad pública que irradia toda la relación funcionarial convierte a las partes en protagonistas de un fin que escapa a la mera utilidad de los sujetos contratantes, cuestión que a la larga hace difícil hablar de una contraposición esencial de intereses, ya que la utilidad o el efecto del trabajo realizado no ingresa al patrimonio de un empresario particular, sino que al mismo patrimonio público, caracterizado por una finalidad no lucrativa.

A lo anterior debe agregarse, además, que en el ámbito de la actuación empleadora de la Administración existen diferencias entre las personas que le prestan servicios en virtud de un empleo público y uno de carácter laboral. Entre dichas diferencias destacan el sistema de provisión de puestos de trabajo, las normas sobre estabilidad, y la negociación de las condiciones de empleo¹⁰⁶. Esta diferenciación deja en evidencia que para el propio legislador no es una misma cosa la actuación empleadora de la Administración cuando ella se produce en el contexto de una relación funcionaria. Es decir, un simple análisis formal arroja diferencias insalvables.

Todas estas consideraciones traen como conclusión el hecho de que en este tipo de situaciones la Administración no se vincula, verdaderamente, en virtud de un contrato de trabajo, sino que fundamentada en una relación de adhesión en la cual se limita a efectuar un nombramiento¹⁰⁷, retribuyendo los servicios con cargo a fondos públicos, y en el que los derechos y obligaciones dimanantes de la adhesión son definidos por la ley y por el reglamento¹⁰⁸. El funcionario, por su parte, ocupa una posición -o cargo- en la estructura administrativa del Estado, cuestión que permite prefigurar las actividades que puede exigir el empleador. Este criterio, vinculado a la tesis orgánica o subjetiva, centra la idea del funcionario en la identificación de éste con la Administración, al participar aquél de ciertas “*potestades*” públicas que permiten diferenciar la dialéctica Administración-funcionario de la debatida en el ámbito privado: empresario-trabajador¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cfr. CAMPS RUIZ, Luis Miguel y SALA FRANCO, Tomás, “La exclusión del personal funcional y estatutario”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (director), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, Edersa, Madrid 1990, pp. 82 y 83.

¹⁰⁶ Cfr. BERMEJO CABRERO, cit., p. 235; y MARTIN PUEBLA, cit., pp. 86 y 87. Vid. también FOLGUERA CRESPO, “Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales”, *Actualidad Laboral* N° 18 (1992), p. 338.

¹⁰⁷ Cfr. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, T. IV, Depalma, Buenos Aires 1982, p. 63.

¹⁰⁸ Cfr. ENTRENA CUESTA, “El régimen estatutario”, cit., pp. 2601 y s.; y PARADA, cit., T. II, p. 434.

¹⁰⁹ Cfr. entre otros ALONSO OLEA, “Los límites”, cit., p. 55; GARCIALOPEZ, “La contratación”, cit., pp. 660 y s.; y MARTIN PUEBLA, cit., p. 85.

De este modo, estas relaciones de trabajo existentes dentro de la Administración del Estado, y que externamente parecen idénticas a cualquier relación jurídico-laboral privada, terminan “*tiñéndose*” con una estructura pública constitucionalmente construida para servir los intereses generales y responsabilizarse de los servicios públicos¹¹⁰. Por ello, la tesis del sometimiento incondicionado de la Administración a los principios inspiradores del régimen laboral común debe ser matizada debido precisamente a la realidad diversa que ella presenta¹¹¹. Obviamente, esto no impide que en determinadas ocasiones se apliquen algunos principios generales del Derecho del Trabajo¹¹², pero en ese supuesto tendrá que respetarse necesariamente el estatuto legal básico de la función pública¹¹³.

De allí que la norma del art. 19 N° 16 CPR no encuadra con la lógica del régimen laboral de los funcionarios públicos. Mucho más adecuado resulta, para explicarse jurídicamente la prestación de servicios de los funcionarios, aplicar la clave constitucional del art. 19 N° 17 CPR. Lo anterior no implica que ciertos y determinados aspectos del art. 19 N° 16 CPR no puedan ser aplicados complementariamente a los funcionarios; pero el centro regulatorio de su prestación no debe disociarse del art. 19 N° 17 CPR.

4. Los trabajadores extranjeros

Aunque breve, una mención especial merece el caso de los trabajadores no nacionales. A ellos, por cierto, se les aplica la garantía de la libertad de trabajo y, en general, todas aquellas que se indican en el art. 19 N° 16¹¹⁴, pues constituye un pronunciamiento indubitado el que los extranjeros también son titulares de derechos fundamentales¹¹⁵. Lo anterior se refuerza al leer el enunciado del art.

¹¹⁰ Cfr. ALVAREZ DE LA ROSA, “El régimen jurídico de las incompatibilidades”, cit., pp. 228 y 230; y MARTIN VALVERDE, Antonio, “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, RPS N° 137 (1983), p. 118.

¹¹¹ Vid. en este sentido GODINO REYES, cit., pp. 285 y s.; y PRADOS DE REYES, “Las peculiaridades”, cit., pp. 187, 191 y s.

¹¹² Cfr., por ejemplo, para el caso de transmisiones totales o parciales de empresas efectuadas en el marco de la Administración Pública, en relación con los trabajadores a su servicio, SALA FRANCO, Tomás y GOERLICH PESET, José María, “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, Poder Judicial N° 8 (1987), p. 176. Vid. asimismo GODINO REYES, cit., pp. 67 y s.

¹¹³ Cfr. ALVAREZ DE LA ROSA, “El régimen jurídico de las incompatibilidades”, cit., p. 229; y LOPEZ GANDIA, cit., pp. 271 y s.

¹¹⁴ Cfr. en esta línea sentencia de la CORTE SUPREMA de 15 de julio de 1970, RDJ T. LXVIII (1970), sección segunda, p. 253: “La igualdad ante la ley (...) significa que toda persona que habite el territorio nacional está sujeta, en idénticas condiciones, a unas mismas normas jurídicas, para disfrutar de unos mismos derechos, acatando idénticas obligaciones”.

¹¹⁵ Vid. CRUZ VILLALON, Pedro, “Dos cuestiones de titularidad”, cit., p. 64. Vid. también

19 de la Constitución, en el sentido que la Carta Fundamental les asegura “a todas las personas” las garantías de los distintos numerales de dicho precepto. Si la *libertad de trabajo* se consagra como un derecho inherente a la persona, entonces la distinción arbitraria entre trabajadores nacionales y extranjeros pierde toda fundamentación¹¹⁶. Ello explica, en parte, que el inciso tercero del art. 2º del Código del Trabajo impida taxativamente actos de discriminación en razón de la nacionalidad de las personas.

El problema, no obstante, es que la propia Constitución ha abierto la posibilidad de que el legislador establezca límites en razón de la nacionalidad. De allí que las diferencias de trato, entre extranjeros y nacionales, deban ser vistas como una excepción sólo aceptable como facultad del legislador. Pero fuera de esa hipótesis, los trabajadores extranjeros se rigen por las mismas normas que los nacionales, sin perjuicio de las particularidades que para cada caso ha señalado el legislador. Así, por ejemplo, el art. 24 del DL 1.094, establece que el contrato de trabajo de un extranjero deberá contener una cláusula por la que el empleador se comprometa a pagar el pasaje de regreso del trabajador y demás personas que estipule el acuerdo contractual. De igual forma, el contrato deberá contener una cláusula relativa al régimen previsional, sin perjuicio de lo establecido en la Ley N° 18.156; y otra relativa al pago del impuesto a la renta. Por cierto, en todos estos casos, nos estamos refiriendo a trabajadores extranjeros que presten servicios regulares en virtud del correspondiente permiso de trabajo¹¹⁷.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El status constitucional de los extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991, pp. 697 y ss.

¹¹⁶ Vid. CRUZ VILLALON, Jesús, “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006, p. 547: “todas las reflexiones sobre los derechos laborales de los extranjeros, es que se debe tender a poner el acento en los valores derivados de lo que se viene a denominar hoy en día los derechos de ciudadanía. Derechos de ciudadanía, que precisamente vienen a ser consagrados en los diversos textos constitucionales, como expresión de una posición jurídica de garantía reconocida a toda persona por el hecho de serlo, que le permite un pleno desarrollo de su personalidad en el contexto de un Estado de Derecho. Desde este punto de vista (...) tales derechos se han de atribuir como titularidad a cualquiera, incluso con independencia de su nacionalidad”.

¹¹⁷ Vid. por todos ALARCON CARACUEL, “El derecho a inmigrar”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006, pp. 507 y ss. La misma lógica sigue el art. 6º del Convenio N° 97 de la OIT: “Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales”. A mayor abundamiento, vid. GARCIA MURCIA, Joaquín, “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006, p. 405: “No se quiere decir con ello que existan dos clases de personas, pues una vez

La distinción entre trabajadores nacionales y extranjeros obliga a compatibilizar la normativa interna con el Convenio N° 143 de la OIT, sobre *trabajadores migrantes*, el cual consagra una típica norma de paridad de tratamiento¹¹⁸. Dicho Convenio deberá cumplirse, en el país, de manera complementaria a la norma constitucional en cuya virtud se le otorga al legislador la atribución para establecer límites en esta materia. Y esa facultad se vincula a la necesidad de que la autoridad pueda establecer controles públicos en el acceso al mercado de trabajo¹¹⁹. Así, por ejemplo, deben estimarse conforme a la Constitución el establecimiento de cuotas para trabajadores nacionales y extranjeros a que se refieren los arts. 19 y 20 del Código del Trabajo, la exigencia de obtener un permiso de residencia y trabajo para ejercer una actividad productiva por cuenta ajena, o las limitaciones temporales o territoriales al desempeño de una determinada tarea. Más aún, el propio Convenio N° 143 exceptúa de la aplicación del principio de paridad de trato a los trabajadores extranjeros que han sido admitidos temporalmente en el país de recepción, a la gente de mar, a los trabajadores fronterizos y a los artistas, por mencionar algunos.

5. Los trabajadores penados

En una singular situación se encuentran los denominados *trabajadores penados*, que prestan servicios en recintos penitenciarios. En principio, las personas afectadas por una pena privativa de libertad ven afectada su autonomía ambulatoria, pero perfectamente podrían realizar trabajos compatibles con el régimen penitenciario.

Nuestra Constitución no contiene norma expresa sobre este aspecto, a diferencia de lo que ocurre en otros textos comparados en que formalmente se ha regulado la materia. En Alemania, por ejemplo, los arts. 12.2 y 12.3 de la Ley Fundamental indica que nadie podrá ser obligado a realizar un determinado tra-

incorporados al sistema no cabe desigualdad de trato entre nacionales y extranjeros; tan sólo significa que, pese a la creciente comunicación a escala mundial, aún persisten conceptos tan clásicos y arraigados como los de soberanía estatal, ciudadanía o fronteras nacionales, que inevitablemente influyen en los movimientos de personas”.

¹¹⁸ El art. 10 del mencionado Convenio señala que: “Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia se encuentren legalmente en su territorio”. Asimismo, el Convenio N° 97 de la OIT también establece normas sobre igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, aún cuando se encuentra referido a materias tales como las remuneraciones, la jornada de trabajo, la afiliación sindical o la seguridad social, entre otras.

¹¹⁹ Cfr. CRUZ VILLALON, Jesús, “Los derechos constitucionales”, cit., p. 537.

bajo, salvo en el marco de un servicio tradicional con carácter público, general e igual para todos; “3. La realización de trabajos forzados únicamente es lícita en casos de privación de libertad impuesta por un juez o un tribunal”. De igual modo, el art. 25.2, parte final, de la Constitución española de 1978, establece que el condenado a pena de prisión “tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”¹²⁰.

En el Derecho chileno, por el contrario, sólo existe una regulación muy general en el plano legal. En efecto, el art. 32 del Código Penal indica escuetamente que la “pena de presidio sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal. Las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno”. El producto de este trabajo, complementa el art. 88 del mismo Código, debe ser destinado a indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen; a proporcionarles alguna ventaja o alivio durante su detención (“*si lo merecieren*”); a hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos provenientes del delito; y a “formarles un fondo de reserva que se les entregará a su salida del establecimiento penal”.

Las normas anteriores dejan en evidencia que el condenado a presidio, al menos teóricamente, se encuentra obligado a ocuparse en un trabajo que sea compatible con su régimen carcelario¹²¹, conservando algún grado de libertad para elegir dicho trabajo compatible. No es un trabajo *forzado* propiamente tal (cuestión que sería absolutamente inconstitucional), sino que *forzoso*, en el sentido que el condenado a presidio no puede excusarse de realizar alguna ocupación. Ese predicamento se ve reafirmado en el art. 89 del Código Penal, el cual aclara que el penado es libre para ocuparse, en beneficio propio, en trabajos de su elección -siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria del establecimiento penal- cuando carecieren de los medios para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionen o para hacer efectiva la responsabilidad civil proveniente del delito. Por el contrario, cuando no tuvieren oficio o modo de vivir conocido y honesto, estarán sujetos *forzosamente* a los trabajos del establecimiento hasta hacer efectivas con su producto aquellas responsabilidades y procurarse la subsistencia.

La normativa anterior ha terminado relegando la especificación de esta materia al correspondiente Reglamento carcelario. Dicho instrumento, denominado *Reglamento de Establecimiento Penitenciario*, de 22 de mayo de 1998, contiene

¹²⁰ Cfr. también, aunque de manera más indirecta, la norma contenida en el art. 30.5 de la Constitución de Portugal, de 1976: “Los condenados a quienes se apliquen penas o medidas de seguridad privativas de libertad conservarán la titularidad de sus derechos fundamentales, salvo las limitaciones inherentes al sentido de la condena y a las exigencias propias de la respectiva ejecución”.

¹²¹ Cfr. CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1985, pp. 347 y ss.

las normas particulares sobre este punto. Así, por ejemplo, su art. 10 indica que los establecimientos penitenciarios deberán organizarse conforme a una serie de principios, entre los cuáles destacan la asistencia médica, religiosa, social, de instrucción y de *trabajo y formación profesional*, en condiciones que se asemejen en lo posible a las de la vida libre. Asimismo, el art. 60 del Reglamento le exige a la Administración Penitenciaria que promueva el desarrollo de actividades o cursos de capacitación destinados a facilitar la inserción laboral de los internos. “Los oficios para los cuales se capaciten deberán ser concordantes con el interés de los internos y el mercado laboral regional”¹²².

En el fondo, el REP intenta conciliar el derecho que tiene toda persona, incluido el condenado a presidio, a desarrollar trabajos lícitos, con la especial circunstancia de que éste se encuentra privado de su libertad. De esta manera, el penado tiene derecho, por una parte, a desarrollar trabajos individuales o en grupo, que le reporten algún tipo de beneficio económico; pero, por otra, dicho trabajo debe efectuarse en los talleres y otros recintos expresamente destinados al efecto dentro de los establecimientos penitenciarios¹²³. Para estos fines, el REP distingue dos tipos de trabajo: el realizado por cuenta ajena y el propiamente laboral. El primero se refiere a todos aquellos trabajos ejecutados directamente al público o bien en razón de un encargo específico provenientes de personas jurídicas o naturales. El trabajo subordinado, por su parte, es aquel que se ejecuta en el marco de actividades productivas o de capacitación que se ejecuten al interior del establecimiento en virtud de proyectos convenidos por terceros con la Administración Penitenciaria¹²⁴.

Ciertamente, se trata de una figura especialísima y cuya regulación se ha circunscrito al mero ámbito reglamentario. Las peculiaridades de la regulación no sólo vienen de las restricciones a que está sometido el trabajador penado, sino que además por la diversidad que se produce en relación con los poderes de todo empleador. En efecto, por una parte, al condenado se le debe pagar una remuneración que no puede ser inferior al ingreso mínimo y del cual hay que

¹²² Cfr. art. 60 inciso segundo del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518, de 21 de agosto de 1998.

¹²³ El art. 62 del Reglamento, en todo caso, faculta a los Directores Regionales, previo informe del Consejo Técnico del establecimiento, y en su caso, con la aprobación del juez respectivo, para “autorizar que determinados internos, debidamente seleccionados, realicen trabajos en otros establecimientos penitenciarios, en recintos anexos a ellos o fuera de los mismos. En este último caso la autorización sólo podrá concederse para efectuar trabajos en beneficio de la comunidad o que se encuentren justificados en relación a algún programa de rehabilitación, capacitación o empleo”.

¹²⁴ Cfr. art. 63 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. A pesar de todas las restricciones, las actividades laborales que ejecuten los internos se registrarán por la legislación laboral común si a su respecto se verifican los siguientes elementos: a) Existencia de un empleador y trabajador; b) Prestación de servicios personales del trabajador al empleador; c) Pago de una remuneración por parte del empleador, y d) Vínculo de subordinación o dependencia del trabajador al empleador.

descontar las correspondientes cotizaciones previsionales. Paralelamente, gran parte del poder disciplinario, así como los deberes de seguridad y salud, no los tiene el empleador formal, sino que la propia Administración Penitenciaria. De igual forma, el trabajador no tiene libre disposición de sus ingresos, ya que los mismos tienen regulado su destino¹²⁵; su jornada debe desarrollarse dentro de los horarios de desencierro y encierro que contempla el régimen interno del establecimiento, y el ejercicio de los derechos colectivos (v. gr., el derecho de huelga, sindicación o negociación colectiva) estará limitado por el régimen penitenciario a que se encuentren sometidos los trabajadores reclusos, “el que no podrá ser alterado en modo alguno en razón de estos derechos”¹²⁶.

Todas estas advertencias trasuntan una evaluación negativa de las normas reguladoras del trabajo de penados. Desde una perspectiva dogmática, este tipo de trabajos no reúne las características propias de un contrato laboral¹²⁷: el trabajo del condenado a presidio es obligatorio y no voluntario¹²⁸; las remuneraciones obtenidas tienen una finalidad preestablecida por el legislador; los poderes y atribuciones del empleador están fuertemente disminuidos, y en rigor tampoco existe una verdadera libertad contractual o de elección del trabajo.

Formalmente, la técnica utilizada también es reprochable. No es el Reglamento carcelario el que debiera regular estas materias, muchas de las cuáles son de competencia absoluta del legislador. Por ejemplo, se limita el ejercicio del derecho a huelga y a negociar colectivamente, cuestiones que la propia Constitución ha radicado en el legislador; se establecen descuentos a las remuneraciones; se exige el pago del ingreso mínimo y de cotizaciones previsionales en el caso de trabajadores no sujetos a vínculo laboral, entre otras varias materias. Todo ello deja en evidencia un uso exorbitante de la potestad reglamentaria, que en la práctica termina regulando indebidamente derechos fundamentales y libertades públicas¹²⁹.

¹²⁵ Cfr. art. 67 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

¹²⁶ Cfr. art. 70 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

¹²⁷ Cfr. por todos MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 16° edición, Tecnos, Madrid 1995, p. 501. En sentido contrario, vid. párrafo final del Dictamen N° 4926/271, de 19 de agosto de 1997, de la Dirección del Trabajo: “el vínculo que une a las personas privadas de libertad internas en recintos de Gendarmería de Chile y las diversas empresas que utilizan sus servicios, autorizadas por dicha institución, constituye una relación de índole laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo”.

¹²⁸ Cfr. art. 89 del Código Penal.

¹²⁹ Cfr. en esta línea HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, “El Derecho Penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2 (2004), p. 221: “Probablemente la situación más irregular del panorama legislativo actual lo constituya la inexistencia de una legislación de ejecución penal o, al menos, de ejecución penitenciaria, que establezca con rango legal los derechos mínimos de los condenados (...), materias que hasta ahora, de modo manifiestamente inconstitucional, han quedado simplemente entregadas a la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Pocas reformas son tan

El problema, no obstante, es más de fondo. La relación jurídica de trabajo en que participa un penado no es un vínculo laboral propiamente tal sino que una relación de derecho público que se explica en razón de la normativa penitenciaria. Es tan intenso este último elemento de la relación que lo penitenciario termina tiñendo el contenido obligacional de la prestación del condenado, independientemente de las categorías laborales que invoca el Reglamento. Si el condenado a presidio no tiene voluntad de obligarse, y es forzado a ello por el art. 32 del Código Penal, difícilmente podrá concluirse que su trabajo constituye un vínculo de subordinación o dependencia laboral¹³⁰. Por lo demás, las finalidades del trabajo penitenciario son radicalmente distintas a las que fundamentan la regulación del trabajo dependiente, ya que existen razones de resocialización, reeducación e inserción que justifican este tipo de obligaciones¹³¹.

necesarias y urgentes como éstas”.

¹³⁰ Vid. la conclusión de MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 502: “Hubiera sido por ello más exacto considerar el trabajo de los penados, no como una relación laboral especial, sino como una situación asimilada a la relación laboral por razones de política penitenciaria”. Vid. además DÁUBLER, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1994, p. 939: “De acuerdo con la doctrina mayoritaria la población reclusa *no es personal asalariado*”.

¹³¹ Cfr. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, Jaime, “El trabajo de los penados”, en BORRAJO DA-CRUZ (director), *Comentarios a las Leyes Laborales*, cit., pp. 79 y ss.

III. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y SU PROTECCIÓN

La Constitución chilena comienza reconociéndoles a todas las personas, la “*libertad de trabajo y su protección*”. Se trata de una garantía amplia y aplicable tanto a trabajadores dependientes como independientes¹³²; de corte liberal, que reafirma la idea de autonomía para realizar cualquier actividad productiva lícita, y que rehuye de la eventual consagración de derechos sociales. Todo ello explicaría, en parte, los motivos que tuvieron los redactores de la Carta de 1980 para admitir el recurso de protección por infracciones a la libertad de trabajo¹³³.

La redacción del texto original de la Constitución tenía su origen en un proyecto de reforma constitucional presentado al Congreso Nacional en el año 1964. Como es sabido, dicho proyecto sirvió de base para la discusión del Estatuto de Garantías del año 1971, cuestión que justifica la redacción utilizada por

¹³² Cfr. IRURETA URIARTE, Pedro, “Libertad de trabajo”, en *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad. Estudios en homenaje al profesor Ramón Luco Larenas*, Edición de la Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 1993, p. 38.

¹³³ Cfr. por todos SILVA GALLINATO, cit., p. 122. La jurisprudencia ha señalado, en todo caso, que el recurso constitucional no ampara lo referente a la protección del trabajo. Tampoco se ha admitido dicho recurso para amparar la estabilidad o permanencia en el empleo o en el cargo. Sobre el particular, vid. entre otras, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA de 28 de enero de 1988, RDJ T. LXXXV (1988), sección quinta, p. 183; y el voto de prevención contenido en la sentencia de la CORTE SUPREMA de 4 de octubre de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, p. 196. En igual sentido, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 23 de octubre de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, p. 247: “No es procedente el recurso de protección para impetrar amparo respecto de la estabilidad en un empleo, función o cargo, por cuanto lo que la Constitución protege es el libre acceso a cualquiera actividad, industria o empleo, y no el derecho a mantener o conservar un empleo condicionado legalmente a la confianza del empleador”; sentencia de la CORTE SUPREMA de 8 de junio de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección quinta, p. 69: “el recurso de protección se confiere para proteger el derecho a elegir libremente el trabajo de todo individuo; pero no protege la permanencia en el empleo, que sólo tiene protección de carácter legal, salvo el caso de los jueces, al que se hace referencia en considerandos posteriores”. Y agrega en p. 70: “16° Que el contrato de función pública confiere ‘el derecho’ a esa función, empleo o trabajo; pero la inamovilidad de la función sólo está consagrada desde antiguo como norma o garantía constitucional y hoy en el art. 77 de la Carta de 1980 tan sólo para ‘los jueces’ como miembros integrantes del Poder Judicial, quienes desempeñarán y ‘permanecerán’ en sus cargos durante su buen comportamiento. 17° Que el Estatuto Administrativo alude en su artículo 37 al ‘derecho a la función’, pero en ningún caso confiere ‘un derecho de propiedad’ del empleo, que pudiere quedar protegido en las Garantías Constitucionales de libertad de trabajo y su protección, del artículo 19 N° 16, o del derecho de propiedad, del N° 24, del artículo (19) de la Constitución Política”; y sentencia de la CORTE SUPREMA de 8 de junio de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección quinta, p. 67: “La garantía constitucional consagrada en el art. 19 N° 16, de la Carta Fundamental (...) no protege la permanencia en el empleo, que sólo tiene protección de carácter legal, salvo el caso de los jueces”.

la Carta de 1980. En definitiva, se trata de la misma expresión que se utilizara en el proyecto de reforma constitucional de 1964 y en la Ley N° 17.398¹³⁴.

Con todo, los alcances de la regulación constitucional encierran una rica doctrina aplicable al ámbito de las relaciones de trabajo.

1. La configuración de esta libertad

Circunscribir el alcance de la *libertad* a que se refiere el art. 19 N° 16 CPR no resulta fácil¹³⁵. En la Constitución de 1980, la libertad de trabajo se constituye como un derecho subjetivo, de autonomía. Se recoge, de esta manera, la aspiración de los revolucionarios franceses del siglo XVIII, quienes, bajo la expresión *derecho al trabajo*, escondían la eliminación de las trabas que impedían el libre desenvolvimiento de la actividad laboral.

La regulación constitucional, no obstante, es sólo parcial. En efecto, los antecedentes históricos permiten sostener que para el constitucionalismo clásico, sobre todo el de la post guerra, el *derecho al trabajo* se sustentaba en dos grandes ideas: el reconocimiento de la *libertad de trabajo* (cuyo origen más remoto se sitúa en la Revolución francesa) y la aceptación del *derecho al trabajo* (en su versión de derecho social, tal como lo prescribieron las Cartas de *Querétaro* y de *Weimar*). De esta manera, el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX entendió que el derecho al trabajo constituía una realidad bifronte, en que tanto la autonomía como el derecho social se encontraban reconocidos. Esa fue la lógica que siguió la reforma constitucional de 1971, ya que conjuntamente con la libertad de trabajo, también se reconoció el *derecho al trabajo*, exhibiendo una manifestación dual de la garantía.

La redacción utilizada en la Carta de 1980, sin embargo, terminó reconociendo sólo un aspecto de esa realidad dual, que entiende la regulación constitucional del trabajo tanto en su aspecto de libertad como en su ámbito de derecho social¹³⁶.

¹³⁴ Sobre el origen de la expresión, vid. la intervención de SILVA BASCUÑAN en *Actas*, cit., sesión N° 194, p. 8.

¹³⁵ Como ha señalado KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987, p. 59: “No hay nada más confuso en la esfera de las relaciones laborales que la ambigüedad del término ‘libertad’”. Vid. también ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 210: “El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros”.

¹³⁶ Cfr. por todos SASTRE IBARRECHE, cit., p. 88: “bajo la expresión formal de derecho al trabajo lo que realmente se escondía en las primeras exigencias en pro de su realización era una lucha por la libertad de trabajar, esto es, por conseguir la eliminación de las trabas que impedían el libre desenvolvimiento de la actividad laboral. Posteriormente, sin embargo, tal identificación empezaría a romperse, viniendo a constituir dos figuras distintas, la una un derecho social, de participación o prestación, la otra un derecho de libertad”.

Adicionalmente, el mero reconocimiento de la libertad de trabajo terminó excluyendo otro aspecto esencial del derecho del trabajo que, para estos efectos, se distingue en dos grandes dimensiones: una individual y otra colectiva¹³⁷. De esta forma, 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; no sólo desde el punto de vista de los derechos que se ejercen, también en lo que respecta a la relevancia que el trabajo adquiere dentro del entramado social. El trabajo no es una actividad aislada o desconectada de la comunidad. Por el contrario, es una función que se dirige hacia el exterior, superando una actividad meramente intimista o relegada al fuero interno. De allí que habría sido relevante que el texto de la Constitución reconociera ese aspecto.

Centrada en el ámbito individual, la libertad de trabajo supone reconocerle a toda persona el derecho constitucional para buscar, escoger, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficios lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley¹³⁸. También incluye el derecho a abandonar una actividad¹³⁹. Con ello, se rechazan los obstáculos legales o reglamentarios que inhabiliten el ejercicio de esta libertad, tal como ha ocurrido en otros períodos históricos¹⁴⁰. En una línea preceptiva bastante similar al art. 12 de la *Ley Funda-*

¹³⁷ Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid 1992, p. 407.

¹³⁸ Vid. por todos EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, p. 216. Esta definición doctrinal ha sido ampliamente asumida por la jurisprudencia, la cual ha reiterado estos conceptos en distintos fallos. Vid. por ejemplo sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 19 de diciembre de 1986, GJ N° 78, p. 35; sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN de 29 de septiembre de 1987, RDJ T. LXXXIV (1987), sección quinta, p. 299; y sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA de 14 de febrero de 2002., RDJ T. XCIX (2002), sección quinta, pp. 39 y ss. Vid. también, CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, T. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004, p. 427: “en la Comisión de Estudios quedó claro que lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio”. Con todo, una conceptualización más genérica puede consultarse en GUZMAN BRITO, cit., p. 251: “Libertad de trabajo significa, en primer lugar, libertad para trabajar y para no trabajar y para dejar de trabajar. En seguida, libertad para escoger la clase de trabajo que se desee o el objeto al que se aplicará aquél. También, libertad para trabajar singularmente o en conjunto con otros, de la misma manera que para decidir entre trabajar independientemente o con vínculo de subordinación a otro y dependencia de él. Asimismo, libertad para determinar el lugar del trabajo, igual que para elegir los instrumentos con que ha de trabajarse, cuando no es subordinado y dependiente el trabajo. Todo esto queda incluido en la libertad de trabajo”. Para un análisis comparado sobre el alcance de la expresión, vid. también BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 9° edición, Porrúa, México D.F. 1975, pp. 331 y ss.; y CARRILLO CALLE, Martín, “Los derechos laborales en las Constituciones hispanoamericanas: bases para un estudio comparado”, en Asociación Laboral para el Desarrollo (ATC) (editor), *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, Lima 1993, p. 65.

¹³⁹ Vid. por todos SAVATIER, Jean, “La liberté dans le travail”, *Droit Social* N° 1 (1990), p. 49.

¹⁴⁰ Cfr. por todas sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA de 26 de

mental de Bonn, en la cual no existe un reconocimiento expreso del derecho al trabajo, la Constitución chilena le asegure a toda persona la libertad –entendida como la *ausencia de impedimentos, limitaciones o resistencias*¹⁴¹– para escoger el trabajo es sus diversas especies, sin que a nadie pueda imponérsele un trabajo determinado, como tampoco se le pueda impedir la realización de un trabajo lícito que desee hacer¹⁴². El amparo de la libertad ha llegado, incluso, hasta el

septiembre de 1994, RDJ T. XCII (1995), sección quinta, p. 27: “Los acuerdos que adopten las Agrupaciones de operadores de transporte público sobre la base, de atribuciones que les otorgue el reglamento de transporte público vigente, no pueden impedir el ejercicio de su oficio a quienes laboran en esa actividad, toda vez que en uso de dichas facultades sólo pueden adoptarse acuerdos, de carácter general que tiendan a la prestación de un mejor servicio a la comunidad, pero no acuerdos específicos que violen las garantías constitucionales”. La amplitud de este derecho ha llevado a que la jurisprudencia considere lícitos, incluso, los trabajos profesionales desempeñados por un parlamentario durante el ejercicio de su cargo. Sobre el particular vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 16 de diciembre de 1998, RDJ T. XCVI (1999), sección quinta, p. 1: “Impedir a un parlamentario el ejercicio de la profesión de abogado encontrándose habilitado para ello, bajo pretexto de no serle posible ello por ser parlamentario, es una exigencia carente de base normativa, que vulnera su derecho fundamental reconocido por el artículo 19 N° 16”.

¹⁴¹ Vid. ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 212, nota 114 y pp. 331y ss.

¹⁴² Cfr. MOLINA GUAITIA, Hernán, *Derecho Constitucional*, 3° edición, Universidad de Concepción, Concepción 1995, p. 205. Vid. también sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO de 25 de julio de 1990, GJ N° 121, p. 54: “La garantía protegida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política asegura que a ninguna persona le será impuesto un trabajo como tampoco se negará el mismo por razones arbitrarias”. La amplitud de la garantía se observa, además, en la invocación que de ella hace la jurisprudencia para sancionar una ocupación ilícita de recinto educacional. Sobre el particular, vid., sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN de 29 de septiembre de 1987, RDJ T. LXXXIV (1987), sección quinta, p. 299: “Una ocupación ilícita de los establecimientos universitarios perturba, además, el derecho a la libertad de trabajo que la Constitución reconoce y ampara, ya que aquella impide el normal ejercicio de las actividades docentes de sus profesores y ha afectado al recurrente, pues se vio imposibilitada su entrada o ingreso al edificio donde funciona la Facultad donde debe impartir clases”. Una posición distinta sobre el alcance de la garantía, puede consultarse en la sentencia de la CORTE SUPREMA de 25 de marzo de 1985, RDJ T. LXXXII (1985), sección quinta, p. 6: “La libertad de trabajo y su protección que la Constitución consagra, cautela el derecho que toda persona tiene a la libre contratación y a la libre elección de la actividad, profesión o empleo lícito que desee desarrollar, con una justa retribución, pero no cautela la forma como éste debe realizarse o desempeñarse, ni mucho menos puede interpretarse que ella se extiende a la protección de la tranquilidad o de la normalidad en el desarrollo del mismo o que el trabajo se efectúe sin contratiempos”. El recurso que dio origen a este fallo denunciaba los hechos ocurridos a un reportero gráfico que fue privado del rollo de su máquina fotográfica por agentes de seguridad, y luego velado, confinando a los periodistas en un lugar distante del que se desarrollaba el operativo. La Corte estimó en aquella oportunidad que “los hechos descritos en el considerando primero del fallo de alzada no constituyen actos u omisiones arbitrarios o ilegales que hayan privado, perturbado o amenazado la libertad de trabajo y al derecho de libre contratación de los periodistas y reporteros afectados. Dichos acontecimientos, a lo más, podrán ser considerados como perturbatorios a su tranquilidad en el desarrollo de su actividad destinada a reportear o captar noticias, pero ellos de ninguna manera han vulnerado su derecho a trabajar o desarrollar labores remuneradas en los medios de comunicación que los han contratado o en los cuales prestan sus servicios profesionales”.

ámbito penal, ya que el art. 158 del Código del ramo estipula expresamente que sufrirá “la pena de suspensión en sus grados mínimo a medio, si gozare de renta, y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos, el empleado público que arbitrariamente: N° 2. Prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad públicas”¹⁴³.

Lo anterior no se opone a que la propia Carta Fundamental haya señalado, en el inciso primero del art. 43, que el Presidente de la República está facultado para suspender o restringir la libertad de trabajo por la declaración de los estados de asamblea. La verdad es que dicha limitación no impide que la Constitución configure al trabajo como una actividad libre, toda vez que el Estado no puede asilarse en esta normativa de excepción para impedir de modo permanente esta actividad humana productiva¹⁴⁴.

La reafirmación constitucional de la libertad de trabajo trae aparejada, además, una consecuencia desde el punto de vista de la conformación del vínculo laboral. Si la libertad de trabajo supone el rechazo de toda compulsión que obligue al desempeño forzado de una actividad¹⁴⁵, entonces habrá que concluir que el vínculo laboral sólo puede sustentarse en un acuerdo libre de voluntades. Dicho acuerdo constituye el fundamento del vínculo jurídico del trabajo, debiendo rechazarse interpretaciones que releguen a un segundo plano la concurrencia de un consentimiento específico¹⁴⁶.

En el contexto de la Constitución, la libertad de trabajo aparece como un derecho autónomo y no conexo con el derecho al trabajo, tal como lo planteó en su momento la Carta de 1925. Ello no es óbice para que se realice un análisis

¹⁴³ Para un análisis de esta norma vid. por todos SOTO CALDERON, Juan Carlos, *Derecho Penal del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1961, pp. 115 y s. En el plano legal cfr. además el art. 6° letra c) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado: “Art. 6°. Cometen delito contra el orden público: c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos”.

¹⁴⁴ Doctrinariamente se ha planteado si la libertad de trabajo admitiría, por ejemplo, que el Estado estableciera por ley figuras tales como la jubilación forzosa. Sobre el particular, y siguiendo a la dogmática comparada, se ha sostenido que dicha figura sólo sería admisible cuando, en virtud de ella, se pretendan objetivos más generales como podría ser el pleno empleo, “y, además, siempre que medie algún tipo de compensación, como son destacadamente las pensiones” (vid. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2° edición, Thomson-Civitas, Madrid 2005, p. 487).

¹⁴⁵ Cfr. MARTINEZ ABASCAL, cit., p. 1333. En el plano jurisprudencial vid. además sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO de 25 de julio de 1990, GJ N° 121 (1990), p. 54.

¹⁴⁶ Cfr. SAVATIER, cit., p. 49.

sistemático de esta libertad, en el entendido de que existen otras disposiciones que, directa o indirectamente, se relacionan con ella. Desde luego, existe una estrecha relación entre libertad de trabajo y libertad de empresa; pero existen otras garantías que dejan en evidencia que no se trata de un derecho aislado. Por ejemplo, la libertad de trabajo supone una libertad para aprender el oficio o género de trabajo que se pretende ejercer¹⁴⁷. Si una persona desea desempeñar una actividad productiva lícita, es de toda lógica que pueda acceder libremente a las fuentes de dicho conocimiento, de forma tal que no se le prive de la posibilidad de cultivar la profesión, el oficio o actividad¹⁴⁸. La libertad de trabajo también se relaciona con la libertad ambulatoria (de entrada y salida del país, o desplazamiento dentro del territorio) y de residencia¹⁴⁹, en el entendido que dichas garantías le aseguran al trabajador la posibilidad para elegir el lugar donde desea desempeñarse productivamente. La libertad de trabajo se vincula, a mayor abundamiento, con la libertad de asociación y con el derecho de sindicación, pues resulta de toda lógica que pueda asociarse libremente con personas que ejercen el mismo oficio o actividad.

Por último, una referencia especial merece la vinculación entre la libertad de trabajo y el derecho de acceso a la función pública, en condiciones de igualdad y libertad. Sin perjuicio de lo que se señaló con anterioridad, en relación con el régimen funcionarial, ninguna persona puede ser perjudicada en su empleo o carrera funcionaria por el hecho de haber ejercido derechos políticos o desempeñar cargos públicos.

2. La protección del trabajo

Con una orientación muy similar a la contenida en el antiguo art. 153 de la Constitución de *Weimar*, el inciso primero del art. 19 N° 16 CPR consagra,

¹⁴⁷ Cfr. MIRANDA, cit., T. IV, p. 436.

¹⁴⁸ Vid. en esta línea MIRANDA, cit., T. IV, p. 440, quien indica que la libertad de escoger un trabajo o profesión implica el derecho de escoger libremente, sin impedimentos ni discriminaciones, cualquier oficio o profesión; el derecho de acceder a la formación escolar correspondiente; el derecho de acceso a la preparación técnica y a las modalidades de aprendizaje y de práctica profesional que sean necesarias; el derecho de promoción de la carrera profesional; el derecho de escoger una especialidad profesional o de obtener las necesarias habilitaciones; y el derecho de cambiar de actividad o profesión.

¹⁴⁹ Cfr. ALARCON CARACUEL, *Derecho al Trabajo*, cit., p. 31; y SASTRE IBARRECHE, cit., p. 91. En el plano jurisprudencial vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ARICA de 24 de mayo de 2004, GJ N° 288 (2004), p. 37, que indica la normativa que debe cumplirse en caso de traslado de un profesional de la educación; y sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT de 8 de junio de 2001, GJ N° 252 (2001), p. 34, que le exigió a la autoridad político administrativa que garantizara el libre acceso a los lugares públicos a todos los habitantes de la República.

además, la protección del trabajo humano¹⁵⁰. Esta protección supone reconocer que el trabajo es un atributo esencial de la persona, que se integra en su dignidad y patrimonio¹⁵¹, y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y lo ampare¹⁵².

La protección induce a reconocer la preeminencia del trabajo como principio ordenador del sistema jurídico, de modo tal que el titular cuenta con un haz de derechos frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros¹⁵³. Además, admite que éste se constituya como la base material de la sociedad en torno a la cual se organizan las relaciones sociales y los conflictos propios del sistema productivo¹⁵⁴. Esta protección, por cierto, tiene una aplicación amplia, debiendo entenderse predicable a todo trabajo productivo, sea este manual o intelectual, dado en forma autónoma o en régimen de dependencia laboral, ya sea que se preste para órganos públicos o para particulares¹⁵⁵.

¹⁵⁰ El art. 153 de la Constitución de *Weimar* señalaba que: “El trabajo está colocado bajo la protección particular del Estado”.

¹⁵¹ Cfr. sentencia de la CORTE SUPREMA de 4 de octubre de 1974, RDJ T. LXXI (1974), sección tercera, p. 180: “en el derecho contemporáneo los derechos sociales constituyen, precisamente, parte importante del patrimonio del trabajador”. Vid. además sentencia de la CORTE SUPREMA de 8 de junio de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección quinta, p. 69. Sobre el alcance de la protección, en el sentido de “permitir el ejercicio de los derechos que protegen el trabajo, tales como negociación colectiva, sindicalización, etc.”, vid. el voto de prevención contenido en la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO de 18 de enero de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, p. 44.

¹⁵² Vid. en esta línea CAMARA DE DIPUTADOS, DIARIO DE SESIONES, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia*, sesión 6ª, jueves 15 de octubre de 1970, p. 388: “en esta disposición se asegura a todos los habitantes de la República la libertad de trabajo y su protección, que se complementa con la facultad de poder elegirlo libremente y con el derecho a gozar de una remuneración adecuada para la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia, acorde con el bienestar que corresponde a la dignidad humana”. Vid. también QUINZIO FIGUEIREDO, cit., p. 255, quien refiriéndose a la Carta de 1925 ya señalaba: “El precepto constitucional chileno protege socialmente el trabajo”; y SASTRE IBARRECHE, cit., p. 43: “históricamente la exigencia del derecho al trabajo parece vincularse a una cierta idea de dignidad humana y, en consecuencia, a una valoración del trabajo como forma de realización personal”.

¹⁵³ Vid. ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 436: “Los derechos a protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación”. Y agrega en p. 440: “A diferencia de los derechos fundamentales sociales, los derechos a protección calzan perfectamente en la tradición de la comprensión liberal de los derechos fundamentales”.

¹⁵⁴ Cfr. MAESTRO BUELGA, cit., p. 45.

¹⁵⁵ Cfr. VAZQUEZ VIALARD, *Tratado*, T. 2, cit., pp. 806 y s. Vid. también BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., pp. 128 y s.

Lo anterior no impide ver en el texto constitucional una especial exigencia de *juridificación* del conflicto existente entre capital y trabajo. En sede laboral, la protección del trabajo deja en evidencia un imperativo que asume el ordenamiento constitucional y que se refleja en la *juridificación* del conflicto estructural que surge de la prestación de servicios por cuenta ajena, garantizando un núcleo irrenunciable de protección al trabajo humano¹⁵⁶.

Por otra parte, y siguiendo una tendencia bastante generalizada en el Derecho comparado¹⁵⁷, el texto constitucional trasluce una cierta idea personalista del trabajo humano, en su doble dimensión de *derecho-deber*. En cuanto derecho, el *trabajo* es considerado como una expresión de la dignidad y actividad del ser humano, que por lo tanto requiere de protección por parte del Estado. El trabajo humano no es cualquier actividad material, sino que expresa una faceta crucial de la vida humana que contribuye a desarrollar la propia personalidad del sujeto¹⁵⁸. Si el trabajo se asocia con la dignidad de la persona, entonces ello justifica la existencia de derechos inviolables y que le son inherentes¹⁵⁹. El respeto y promoción de esos atributos es tarea del Estado, y también del empleador, en el sentido que el trabajador tiene derecho a que su contraparte laboral, así como la autoridad pública, tengan una acción positiva de protección y respeto de los derechos reguladores del trabajo humano.

Este criterio se reafirma, además, con los propios instrumentos internacionales. Por ejemplo, el art. 23 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala expresamente que “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”. De conformidad con el art. 5° de la Constitución, este art. de la Declaración Universal adquiere singular relevancia, pues es deber de los órganos del Estado el respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se garantizan en los tratados internacionales ratificados por Chile.

¹⁵⁶ Cfr. por todas sentencia de la CORTE SUPREMA de 27 de mayo de 2004, RDJ T. CI (2004), sección tercera, pp. 79 y ss.

¹⁵⁷ Vid., por ejemplo, el art. 4° de la Constitución italiana de 1947: “La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo (...) Todo ciudadano tendrá el deber de elegir, conforme a sus posibilidades y por su propia elección, una actividad o función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad”; el art. 35 de la Constitución española de 1978: “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo”; el art. 58 de la Constitución de Portugal de 1976: “Todos tienen derecho al trabajo. El deber de trabajar es inseparable del derecho al trabajo”; y el preámbulo de la Carta francesa de 1946 (párrafo 5): “todos tienen el deber de trabajar y el derecho a un empleo”. En el ámbito latinoamericano, vid. también ERMIDA URIARTE, Oscar, “*La Constitución y el Derecho Laboral*”, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995, p. 114.

¹⁵⁸ Cfr. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *Sistema*, cit., p. 485.

¹⁵⁹ Cfr. MONTOYA MELGAR, “El trabajo en la Constitución”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, cit., p. 47.

En cuanto *deber*, y siguiendo nuevamente la orientación preceptiva de la Constitución de Weimar¹⁶⁰, el trabajo es visto estrechamente vinculado a la función social de toda actividad productiva¹⁶¹. Es decir, el trabajo humano no sólo es un bien de la persona individual, un medio para ganarse la vida, sino que, además, es un atributo de la colectividad que se expresa en una colaboración social¹⁶² o en una participación en el interés general¹⁶³. Dicha colaboración es independiente de la estimación social que se otorga a quienes producen o prestan el servicio, toda vez que el trabajo adquiere una dignidad innata fundada en el sujeto que interviene¹⁶⁴. Esta interpretación se opone, por cierto, a las tesis propugnadas por los regímenes corporativistas, que pretendían ver en este *deber* una especie de compulsión social que anulaba los espacios de autonomía y se vinculaban con los destinos de la colectividad, relacionándose con exigencias institucionales ampliamente superadas en el derecho actual.

Lo expuesto lleva a sostener que la circunstancia de que el trabajo sea configurado, además, como un *deber*, no implica necesariamente una obligación de orden jurídico-constitucional¹⁶⁵. A diferencia de lo que ocurre con otros deberes

¹⁶⁰ El trabajo, entendido como deber, tiene su origen histórico en concepciones éticas y religiosas, o bien en exigencias metajurídicas. Con el tiempo, se introducirá en el debate una formulación laica, propia del pensamiento socialista del siglo XIX, y que alcanzará su consagración en el art. 163 de la Constitución de Weimar: “sin perjuicio de su libertad personal, todo alemán tiene el *deber* moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad”.

¹⁶¹ Cfr. TISSEMBAUM, cit., p. 166. Vid. también BURGOA, cit., p. 362; CABANELLAS, cit., T. I, Vol. 2, p. 57; y LOPEZ GANDIA, cit., p. 151.

¹⁶² Cfr. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema*, cit., p. 408. En la doctrina nacional, vid. además SOTO CALDERON, cit., p. 105: “la tendencia constitucional del presente ha insistido en prescribir el trabajo como deber social”.

¹⁶³ Cfr. por todos MARTIN VALVERDE, Antonio, “Pleno empleo, Derecho al Trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, p. 193. En el plano legal, vid. el inciso primero del art. 2º del Código del Trabajo: “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan”. Sobre la obligación de obedecer el derecho, vid. a mayor abundamiento, BAYON MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 691 y ss.

¹⁶⁴ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción del Derecho del Trabajo*, 5º edición, Civitas, Madrid 1994, p. 30.

¹⁶⁵ Vid. VARELA DIAZ, Santiago, “La idea de deber constitucional”, REDC N° 4 (1982), p. 83: “Esto no quiere decir que las normas constitucionales que señalen deberes carezcan absolutamente de eficacia, sino solamente que no son eficaces en relación a las conductas personales, es decir, en cuanto generadoras de deberes jurídicos para las mismas. Pero las cosas cambian si contemplamos estas normas desde otra perspectiva: la de su eficacia frente a los poderes públicos y, en particular, frente al legislador. En definitiva, lo que implica necesariamente cada deber proclamado por la Constitución es un desarrollo legislativo. De manera que no sería desorbitado concebir los distintos deberes como mandatos dirigidos al legislador, y no como vinculaciones de la conducta de las personas”; y RUBIO LLORENTE, Francisco,

constitucionales propiamente tales (v. gr., el deber de tributar o de realizar el servicio militar)¹⁶⁶, ello sería incompatible con las exigencias de trabajo libre o de libre elección de oficios, y con las garantías vinculadas a la libertad de desplazamiento y de residencia¹⁶⁷. La imposición de obligaciones de hacer a las personas debe ser vista como algo absolutamente excepcional, y su justificación sólo podría sostenerse en la satisfacción de un interés general suficientemente relevante¹⁶⁸. Lo anterior no impide, por cierto, que los incumplimientos al deber de trabajar puedan traer aparejadas otras consecuencias, como la denegación de prestaciones por desempleo cuando el titular rechaza una oferta adecuada de ocupación¹⁶⁹. Tampoco impide que las normas que establecen el deber sean vistas como directivas dirigidas a los poderes públicos a objeto de que impongan medidas que hagan eficaz la exigencia¹⁷⁰.

Ante estas dificultades en la configuración de los deberes jurídicos, la doctrina francesa ha establecido una distinción entre el “*deber de trabajar*” y la “*obligación de trabajar*”¹⁷¹. En el primer caso, el *deber de trabajar* se encuentra más

“Los deberes constitucionales”, REDC N° 62 (2001), p. 16: “Los enunciados de deberes no tienen efecto jurídico alguno, sino sólo, si acaso, una función política, aunque tampoco hay unanimidad a la hora de discernir cual sea (si alguna) la que estas normas desempeñan”.

¹⁶⁶ Cfr. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema*, cit., p. 408.

¹⁶⁷ Vid. en esta línea MARTIN VALVERDE, “Pleno empleo”, cit., p. 194: “la infracción del deber de trabajar puede ser objeto de un tratamiento jurídico desventajoso, pero no de coerción penal ni de sanción administrativa, lo que sería contrario a las libertades civiles de actividad y de movimiento”. Y agrega en p. 195: “La conclusión que se impone, pues, es que el deber de trabajar no es un deber jurídico propiamente dicho, sino un simple ‘deber moral’ (como decía el art. 163 de la Constitución de Weimar), o una mera ‘obligación social’ (como decía el art. 46 de la Constitución de la segunda república española)”. Vid. también, a mayor abundamiento, CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, 2º edición, El Ateneo, Buenos Aires 1960, p. 178: “El deber de trabajar se afirma, sobre todo, en sentido moral (...) No se trata de un deber solamente individual: es un deber social, puesto que la sociedad vive del trabajo (...) La obligación moral de contribuir al progreso de la sociedad mediante el esfuerzo personal de cada uno tiene, pues, unánime reconocimiento: sólo que por trabajo, en este caso, no se puede entender solamente el trabajo subordinado, ni menos el trabajo industrial ni solamente el trabajo manual, sino el trabajo en todas sus formas”.

¹⁶⁸ Vid. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *Sistema*, cit., p. 486. Para un análisis del *deber jurídico* como correlato del derecho subjetivo, vid. también ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3º edición, Eudeba, Buenos Aires 2005, pp. 216 y ss. A mayor abundamiento vid., además, RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 14º edición, Porrúa, México D.F. 2003, pp. 128 y ss.

¹⁶⁹ Vid. MARTINEZ ABASCAL, cit., p. 1329: “Pero esa influencia valorativa no puede identificarse como incumplimiento de un deber jurídico de trabajar, sino como una obligación impuesta por la ley al trabajador si éste no desea perder el derecho a la prestación”; y SASTRE IBARRECHE, cit., p. 93: “la única medida indirectamente coercitiva se situará en el campo de la protección social y, en concreto, en la exigibilidad de la voluntad de trabajar para poder acceder a la protección por desempleo”.

¹⁷⁰ Cfr. VARELA DIAZ, cit., p. 87; y RUBIO LLORENTE, cit., pp. 30 y s.

¹⁷¹ Vid. por todos PELISSIER, cit., p. 23. Vid. también JEAMMAUD, Antoine, “El Derecho

asociado a criterios morales y no jurídicos, en el entendido de que los textos constitucionales ponen de relieve la necesidad social del trabajo. La *obligación de trabajar*, por su parte, dejaría a salvo la libertad de no trabajar y que se traduce en dos grandes facultades: la libertad de trabajador para romper el vínculo laboral, y la libertad para rehusar un empleo que se le ha propuesto.

En síntesis, la protección al trabajo propiamente tal, y que se efectúa en el inciso primero del art. 19 N° 16 CPR, queda fuera de toda duda¹⁷². Dicha protección implica la valoración del trabajo como un atributo que surge de la propia dignidad del sujeto que presta servicios. Vinculado al orden económico, el trabajo requiere de protección, además, en su calidad de recurso productivo creador de riqueza y factor de desarrollo de la personalidad del individuo. También implica la consideración de que los trabajadores –como grupo social– requieren de medios idóneos para defender sus intereses ante una probable situación de desventaja¹⁷³.

Constitucional en las relaciones de trabajo en Francia”, en *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid 2006, pp. 87 y ss.

¹⁷² Si se analiza con detención la discusión de este precepto en el seno de la Comisión ORTUZAR se podrá apreciar que el criterio del constituyente se limitó a diferenciar dos bienes tutelados: la libertad de trabajo y el trabajo propiamente tal. En efecto, en la sesión N° 199, SILVA BASCUÑAN preguntó cual era el verdadero alcance que debía darse al precepto, toda vez que su redacción inducía a algún tipo de confusión. Ante ello, EVANS puntualizó, sin ser rebatido, que la “frase actual está bien, nunca se ha prestado a dudas, y todos los profesores la han explicado con entera claridad: la libertad de trabajo y su protección, es decir, la protección del trabajo, no de la libertad, por que las libertades se bastan a sí mismas y si el constituyente protegiera a cada una de ellas, no tendría sentido su consagración en el texto”. Vid. *Actas*, cit., sesión N° 199, p. 10. Este mismo criterio se puede apreciar, por ejemplo, en la proposición, que en esa misma sesión se hizo, en el sentido de agregar al inciso primero, la siguiente frase: “La libertad de trabajo y su protección, dignidad y capacitación”. De esta manera, existe coincidencia en sostener que la protección a que se refiere el inciso primero del numeral 16 se aplica al trabajo propiamente tal. Desde una perspectiva doctrinaria, vid. por todos BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., p. 129. En igual sentido, vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA de 28 de enero de 1988, RDJ T. LXXXV (1988), sección quinta, p. 183.

¹⁷³ Vid. MARTIN VALVERDE, Antonio, “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, REDT N° 33 (1988), p. 69.

IV. LA LIBRE ELECCIÓN DEL TRABAJO Y LA LIBRE CONTRATACIÓN

Otro tipo de bien jurídico que resguarda la Constitución se refiere a la libertad de contratación y a la libre elección del trabajo¹⁷⁴. Por cierto, en este ámbito, el constituyente también se ha apartado de las referencias contenidas en el art. 10 N° 14 de la Constitución de 1925, pues en dicho texto sólo se hacía alusión a la libre elección del trabajo, sin profundizar en la idea vinculada con la libre contratación.

Se trata de figuras amplias que van más allá del ámbito laboral, pero que reafirman la idea de la voluntad como centro de los derechos de opción y como elemento básico de la constitución de obligaciones. De esta manera, el acceso al trabajo y los pactos que lo rodean, parten del hecho inicial que existe una declaración de voluntad en tal sentido, debiendo rechazarse esquemas corporativos publicistas y organicistas que subordinaban la libertad del trabajador a visiones autoritarias de la empresa¹⁷⁵.

1. La libertad de elección

La circunstancia de que el trabajo se explique en razón del binomio derecho-deber, no impide que cada cual elija su actividad dentro del contexto en que se desenvuelve. Por ello, la consagración, en textos constitucionales, del derecho a la libre elección de un empleo u oficio, ha sido utilizada como una típica garantía de libertad frente al Estado, a fin de evitar eventuales compulsiones de los poderes públicos relativas a la dedicación laboral de sus súbditos¹⁷⁶. Dichas compulsiones son completamente inadmisibles si mediante ellas se pretende adscribir obligatoriamente a la persona a un tipo de trabajo determinado; y, también, si se buscan estructuras *tipo* de trabajos cerrados o reservados a ciertas clases de personas¹⁷⁷.

¹⁷⁴ El inciso segundo del N° 16 del art. 19 de la Constitución señala expresamente que: “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

¹⁷⁵ Cfr. SALA FRANCO, Tomás (director), *Derecho del Trabajo*, 9° edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995, p. 209.

¹⁷⁶ Cfr. MONTOYA MELGAR, “La protección”, cit., p. 289.

¹⁷⁷ Cfr. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *Sistema*, cit., p. 487. Y agrega: lo que la Constitución “exige es que, cualquier ciudadano que reúna las condiciones legalmente establecidas, pueda acceder a la ocupación de que se trate”.

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 término¹⁷⁸. Consecuente con lo anterior, la libertad de elección se estructura en varios estadios. En primer lugar, como un derecho previo de opción, el cual presupone la existencia de empleos u oportunidades de trabajo en los que se puede ocupar la profesión u oficio, ya que carecería de sentido el intentar elegir un empleo sin que, a la vez, existan alternativas objetivas para el mismo¹⁷⁹. En segundo término, la libre elección implica 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 desarrolla¹⁸⁰. Un criterio distinto supondría lisa y llanamente legitimar figuras de empleo forzado, cuestión que ciertamente atentaría en contra de la autonomía del sujeto¹⁸¹.

En rigor, la libertad de elección supone reconocerle al individuo una libertad frente a limitaciones irrazonables o de barreras al ingreso o mantención en el sector de trabajo escogido, en el entendido que no resultan admisibles limitaciones que afectan el contenido esencial de la libertad o que introducen lógicas o privilegios de tipo corporativo. Dicho de otra manera, para elegir un trabajo determinado no se requiere que éste se encuentre reglamentado o regulado, en

¹⁷⁸ Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La libertad de profesión en el marco de la teoría general alemana de los derechos fundamentales”, RFDUC Curso 2000-2001 (2001), p. 15.

¹⁷⁹ Cfr. ALONSO OLEA, *Las fuentes*, cit., p. 36.

¹⁸⁰ Cfr. ALONSO OLEA, *Introducción*, cit., pp. 52 y s. Así lo ha reafirmado la jurisprudencia nacional en relación con aquellos textos legales que suprimen cargos o que disponen la exoneración de funcionarios: “Los preceptos legales impugnados no atentan contra la libertad de trabajo y su protección (...) porque lo que la norma constitucional respectiva asegura es permitir la elección de una actividad y ejercerla sin otras restricciones que las expresamente establecidas. En consecuencia, (...) todo trabajador cuyo contrato expira tiene, precisamente, la posibilidad de ingresar libremente a la actividad laboral que prefiera”. Vid. sentencia de la CORTE SUPREMA de 2 de diciembre de 1980, RDJ T. LXXVII (1980), sección tercera, pp. 73 y ss. Sobre los efectos que provoca un acto de exoneración en relación con otras actividades de la persona afectada, vid. además sentencia de la CORTE DE APELACIONES PRESIDENTE AGUIRRE CERDA de 8 de octubre de 1985, RDJ T. LXXXII (1985), sección quinta, pp. 296 y ss.

¹⁸¹ Así lo ratificó en su momento la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 8 de junio de 1990, RDJ T. LXXXVII (1990), sección tercera, p. 98: “Es legalmente procedente la renuncia voluntaria al empleo de un trabajador que goza de fuero laboral, pues lo contrario significaría su obligación de prestar servicios, aún contra su voluntad, lo que se opone a la libre contratación que asegura el (...) artículo 19 de la Constitución Política y que, además, reconoce el art. 2º del Código del Trabajo”. Y se agrega en p. 99: “nada obsta a que voluntariamente los contratantes pongan término de común acuerdo al respectivo contrato sin intervención del Tribunal. Lo contrario importaría que el fuero laboral, lejos de ser un privilegio para el trabajador, pasaría a constituir una verdadera carga ya que, al no poder renunciar éste a sus derechos, lo obligaría a prestar servicios, aún contra su voluntad, durante todo el tiempo del fuero”.

el sentido de que se tengan que acotar tendencialmente todas y cada una de las funciones o competencias específicas¹⁸².

Por ello, lo que hace la Constitución es asegurarle a toda persona el derecho de optar, sin coacción ni imposición de terceros o del Estado, por el empleo o actividad productiva lícita que desee. Por cierto, si la persona elige una actividad determinada, nadie puede coartarlo en su decisión, pero una vez elegida la actividad deberá someterse a la regulación que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para ella¹⁸³. De allí que sean aceptables aquellas restricciones dirigidas a establecer la idoneidad y la posesión de los requisitos necesarios para el desempeño de determinadas actividades¹⁸⁴. Debe tratarse de regulaciones generales, aplicables a todos aquellos que caigan dentro de la hipótesis. Dicho de otra manera: el derecho a la libre elección se entiende sin perjuicio de normas que regulen, disciplinen o limiten el ejercicio de la actividad, imponiendo requisitos objetivos para el desempeño de la misma¹⁸⁵.

2. La libre contratación

La libertad de contratación es, también, una garantía propia del sistema liberal decimonónico destinada a crear un auténtico poder de autodeterminación para el ejercicio de facultades y derechos¹⁸⁶. Esta autodeterminación le permite al individuo otorgar su consentimiento para la realización de actos y contratos lícitos, en el entendido que él tiene autonomía y capacidad para determinar cuáles son los intereses que más le convienen¹⁸⁷.

La Constitución plantea el reconocimiento de esta libertad –tratando de evitar cualquier traba¹⁸⁸– tanto para los trabajadores dependientes como para los

¹⁸² Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago, PAREJO ALFONSO, Luciano y RUILOBA SANTA-NA, Eloy, *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983, p. 121.

¹⁸³ Cfr. IRURETA URIARTE, “Consecuencias”, cit., p. 498. Cfr. en esta línea la sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCION de 31 de agosto de 1988, RDJ T. LXXXV (1988), sección quinta, pp. 299 y ss., que niega protección constitucional al intermediario de una relación laboral que realiza su actividad fuera del marco de juridicidad.

¹⁸⁴ Cfr. BALDASARRE, cit., p. 104.

¹⁸⁵ Cfr. FERNANDEZ SEGADO, *El sistema*, cit., p. 410.

¹⁸⁶ La incorporación de este derecho a la *libre contratación* tuvo su origen en la propuesta efectuada por la Junta de Gobierno, ya que ni la Comisión Ortúzar ni el Consejo de Estado la habían contemplado dentro de los preceptos de la Constitución.

¹⁸⁷ Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XLVI (1993), p. 100.

¹⁸⁸ Vid. WALKER ERRAZURIZ, “Análisis”, cit., p. 211. Cfr. también GUZMAN BRITO, cit., p. 252.

empresarios¹⁸⁹, pero no cabe duda que en el ámbito laboral este derecho cobra

¹⁸⁹ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 26 de junio de 2001, RDJ T. XCVIII (2001), sección quinta, p. 129. Incluso se la ha utilizado para sancionar conductas monopólicas. Vid., por ejemplo, Resolución N° 89 de la COMISION RESOLUTIVA, de 28 de enero de 1981, RDJ T. LXXXVIII (1981), sección sexta, p. 1: “El hecho de que un colegio haya patrocinado a uno solo de los transportistas que ejercían el transporte de los alumnos de dicho colegio y el de haber comunicado a los padres y apoderados que dicho transportista era el único autorizado por el establecimiento para el traslado de los niños, configuraron una presión indebida, tendiente a restringir una actividad libre, ajena a la esfera de tuición del colegio (...). Una recomendación en este sentido tiene el carácter de monopólica, porque tiende a excluir a todos los demás transportistas de una actividad lícita”; y Resolución N° 413 de la COMISION RESOLUTIVA, de 17 de mayo de 1994, RDJ T. XCI (1994), sección sexta, pp. 111 y ss.: “En el presente caso –conductas observadas por diversos taxistas de las comunas de Santiago, Providencia y Las Condes para impedir, empleando violencia verbal y física, que otros taxistas ofrecieran sus servicios al público en los paraderos de taxis o cerca de ellos- se estima que concurren todas las circunstancias que ameritan el ejercicio de la acción penal, pues los hechos de que se ha tomado conocimiento se encuentran suficientemente acreditados, revisten particular gravedad y han producido alarma pública. Tales conductas han dado origen a un verdadero monopolio de hecho que contraviene las garantías constitucionales de los números 2, 16 y 21 del artículo 19 de la Carta Fundamental”. Vid. también sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 30 de abril de 2002, GJ N° 264 (2002), p. 67, que rechazó un recurso de amparo económico entablado por un médico en contra del Ministerio de Salud, pues entendió que de conformidad con la Ley N° 18.933, es a la Superintendencia de Isapres a quien le corresponde decidir, soberanamente a los que admite en su sistema, “*lo que no viene a ser sino una concreción del principio de libre contratación*”; sentencia de la CORTE SUPREMA de 29 de abril de 1997, RDJ T. XCIV (1997), sección quinta, pp. 33 y ss., que considera lícita la exigencia de un centro asistencial en orden a que los médicos internos utilicen, en las intervenciones quirúrgicas que allí practiquen, los servicios anestesiológicos de ella; sentencia de la CORTE SUPREMA de 17 de mayo de 1990, RDJ T. LXXXVII (1990), sección quinta, pp. 57 y ss., que invoca la garantía del art. 19 N° 16 para reprochar la actitud de la Municipalidad de Rincónada que no entrega “el terreno a un contratista, que se ha adjudicado la correspondiente licitación”; sentencia de la CORTE SUPREMA de 8 de junio de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección quinta, pp. 67 y ss., en referencia a que el derecho también se hace extensivo a la “libertad para contratar colaboradores”; Resolución N° 341, de 13 de marzo de 1990, de la COMISION RESOLUTIVA, RDJ T. LXXXVII (1990), sección sexta, p. 71: “El hecho de no haber pagado derechos o aranceles o no haber acreditado calidad de maestro de primera, por parte de los denunciantes, exigencias establecidas en el reglamento de la sociedad denunciada para ejecutar trabajos en el cementerio de propiedad de ésta, no permiten sostener que haya habido entorpecimiento a la libertad de trabajo por habersele impedido efectuar obras en dicho recinto”; sentencia de la CORTE SUPREMA de 29 de marzo de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección quinta, p. 14, que aplicó la garantía en relación con un convenio celebrado entre dos clubes de fútbol por la transferencia o pase de un jugador; sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 30 de marzo de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, p. 76, relativa a los derechos de la Asociación Central de Fútbol para clasificar a los jugadores de dicho deporte de acuerdo a su capacidad e idoneidad; sentencia de la CORTE SUPREMA de 26 de mayo de 1989, RDJ T. LXXXVI (1989), sección quinta, p. 62, en relación con las facultades del administrador de un sauna para impedir el acceso de personas al establecimiento; y sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO de 15 de diciembre de 1987, RDJ T. LXXXV (1987), sección quinta, p. 67: “Al rechazar la autoridad contralora el registro de una resolución administrativa referente a una adjudicación de propuesta pública para la construcción de obras públicas, exenta del trámite de toma de razón, desposee al afectado de su legítima calidad de adjudicatario en propuesta legalmente

mayor sentido para el empleador que tiene una titularidad sobre la actividad productiva. Dicho empleador goza de autonomía para contratar con todo aquél que considere idóneo para un determinado cargo o función, sin perjuicio que deba someterse a las normas que integran el Orden Público Laboral.

Para el empleador, la libre contratación se alza como un derecho vinculado a la libertad de empresa. Este derecho le asegura un poder amplio de contratación del personal, teniendo que ceñirse a criterios de idoneidad y capacidad del trabajador tanto en la selección como en el mantenimiento del vínculo. De esta manera, la Constitución no está prohibiendo la preferencia frente a dos o más personas; simplemente exige que la opción se funde en criterios de objetividad y racionalidad. Como lo señaló DIEZ en la propia Comisión ORTUZAR, “no hay duda alguna de que, dentro de la libertad de contratación, está, fundamentalmente, la libertad de elegir colaboradores”. De esta forma, lo que impide la Constitución es un sistema generalizado de discriminación; pero ello no significa que el empleador no tenga la libertad para elegir aquellos que considere más adecuados para un trabajo determinado. “Si alguien es dueño de una empresa y se presentan cinco candidatos para ocupar un cargo determinado, por ejemplo, esto no le obliga a elegir a alguno de ellos. A lo que esto le obliga es a que, en toda elección de su personal, no utilice normas que signifiquen discriminación”¹⁹⁰.

Desde la perspectiva del trabajador, la libertad de contratación le permite vincularse autónomamente, acordando las condiciones en que deba ejecutarse la tarea y optando por las modalidades que al respecto establece el ordenamiento laboral. No hay que olvidar que el contrato de trabajo es un acto jurídico que requiere de un consentimiento lícito, de forma tal que los contratantes tienen derecho a concordar las reglas y cláusulas sobre las cuáles se ejecutará la prestación debida. Esto no supone, por cierto, que la Constitución haya consagrado el principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral. Por el contrario, existe una reafirmación de exigencias de irrenunciabilidad en lo que respecta a los derechos mínimos que consagra el ordenamiento jurídico-laboral, ya que el ámbito de autonomía se puede ejercer por sobre el conjunto de derechos obligatorios establecidos por el orden estatal¹⁹¹. Si se aceptara la renunciabilidad laboral de derechos mínimos, lo cierto es que el mero consentimiento del trabajador sería insuficiente para asegurar un conjunto de intereses que terminan afectando al orden social. La conclusión anterior fluye tanto de la doctrina y jurispruden-

decidida, amenazando o perturbando (...) la libertad de trabajo y su protección”.

¹⁹⁰ Vid. *Actas*, cit., sesión N° 200, p. 12. Cfr. también sentencia de la CORTE SUPREMA de 4 de octubre de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, pp. 194 y ss.

¹⁹¹ Vid. KAHN FREUND, cit., p. 62. Vid. también LASTRA LASTRA, José Manuel, “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, REDT N° 124 (2004), p. 654: “El orden Público funciona como un ‘límite, por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos, o se impide que éstos tengan efectos dentro de un orden jurídico específico”.

cia¹⁹², como de la historia fidedigna del precepto constitucional. En efecto, en el seno de la Comisión ORTUZAR se planteó la posibilidad de consagrar una disposición de rango constitucional que señalara que los derechos laborales eran irrenunciables. Sin embargo, ello no prosperó lisa y llanamente porque eso habría implicado establecer en cada norma constitucional disposiciones sobre irrenunciabilidad. Así lo señaló SILVA BASCUÑAN al momento de discutirse la garantía: “(...) expresa que esa idea le preocupa (la de consagrar la irrenunciabilidad de los derechos laborales a nivel constitucional). No porque tenga el ánimo de rechazarla, puesto que es algo que está en la legislación, sino porque, al ubicarla aquí y darle rango constitucional, le asalta el temor –y eso da materia para una reflexión- de que se encontrarán frente a la necesidad, en otros preceptos de la Constitución, de establecer a cada momento normas irrenunciables”¹⁹³.

¹⁹² Vid. por todos BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., p. 131: “en ningún caso puede entenderse esta norma en el sentido de que el constituyente ha querido hacer imperar el principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral, de manera que esta disposición significara que los empleadores puedan contratar libremente y establecer con plena libertad las modalidades del contrato de trabajo”; CEA EGAÑA, *Derecho*, T. II, cit., p. 427: “Las libertades y derechos laborales son irrenunciables, porque son de orden e interés público y no miran únicamente al interés del renunciante”; y VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NOGUEIRA ALCALA, cit., T. I, p. 287: “Desde luego, la referencia que se hace en el inciso 2° a la ‘libre contratación’ en ningún caso debe interpretarse como la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral (...) La libertad de contratación habilita, pues, para una negociación a partir de un piso mínimo ya garantizado por la ley”. En el plano jurisprudencial, vid., además, sentencia de la CORTE SUPREMA de 13 de mayo de 1986, RDJ T. LXXXIII (1986), sección sexta, pp. 55 y ss.; y sentencia de la CORTE SUPREMA de 30 de enero de 2001, GJ N° 247 (2001), p. 202. La jurisprudencia, en todo caso, admitió en su momento que la libertad contractual impone determinadas restricciones, tal como ocurre, por ejemplo, cuando se pactan cláusulas de prohibición para que el trabajador se ocupe en negocios ajenos a los de su empresa: “La cláusula de un contrato de trabajo según la cual ‘queda estrictamente prohibido al empleado ocuparse de trabajos o de negocios ajenos a los de la fábrica’, no atenta a la libertad de trabajo garantizada por la Constitución Política del Estado, pues ésta (...) no impide que pueda pactarse una prohibición que se encuentra, desde luego, limitada en el tiempo por la vigencia del contrato y porque ella puede pactarse lícitamente con el objeto de evitar que un trabajo ajeno pueda distraer las obligaciones laborales que se contraen”, sentencia de la CORTE SUPREMA de 2 de mayo de 1969, RDJ T. LXVI (1969), sección tercera, p. 51.

¹⁹³ Vid. *Actas*, cit., sesión N° 200, p. 24. Si bien el criterio expuesto fue el que prevaleció en la comisión redactora, durante la misma sesión se justificó la necesidad de consagrar constitucionalmente la irrenunciabilidad de los derechos laborales toda vez que el inciso estaba haciendo referencia a materias netamente contractuales. Como señaló ORTUZAR (cfr. *Actas*, cit., sesión N° 200, p. 25), “aquí perfectamente cabe consagrar aquella norma (se refiere a la irrenunciabilidad), porque se está entrando en el campo contractual, y la norma general, en lo contractual, es que los derechos puedan renunciarse”. El mismo ORTUZAR manifestó, posteriormente, que estaría en el ánimo de la Comisión que el legislador estableciera la irrenunciabilidad de los derechos laborales, a menos que surgieran circunstancias nuevas. Para un análisis general, vid. IRURETA URIARTE, “Consecuencias”, cit., p. 499. Con todo, si bien nuestra Carta Fundamental decidió no regular constitucionalmente el principio de irrenunciabilidad laboral, cabe hacer presente que existen varias Constituciones, a nivel latinoamericano, como Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Venezuela, que han optado por reconocer dicho principio de irrenunciabilidad en sus respectivos Códigos Políticos.

Por lo demás, si en materia laboral la libertad contractual no estuviese regulada con derechos irrenunciables, entonces lo más probable es que el contratante en posición de superioridad terminaría anulando la libertad del más débil¹⁹⁴.

En síntesis, la libertad de contratación laboral supone reconocer la existencia de un Orden Público laboral inderogable por las partes y que establece límites a la libertad de contratar (*Abschlussfreiheit*). Por sobre dicho nivel de garantismo, los contratantes podrán establecer cláusulas recíprocas, incluso renunciaciones determinadas¹⁹⁵. Pero lo que no podría ocurrir es que en virtud de dicha autonomía se permitiera un sistema generalizado de renunciabilidad de derechos básicos¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. BILBAO UBILLOS, cit., pp. 243 y s.

¹⁹⁵ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 15 de marzo de 1988, GJ N° 93 (1988), p. 90.

¹⁹⁶ En el plano legal, cfr. el inciso segundo del art. 5° del Código del Trabajo, el cual establece que los derechos laborales son irrenunciables mientras subsista el contrato de trabajo. Incluso, la jurisprudencia ha llegado a concluir que las denominadas renunciaciones “*no voluntarias*” (es decir, aquellas que se otorgan a cambio del ofrecimiento de no continuarse una investigación por situaciones irregulares) son contrarias al orden legal, y no privan al trabajador de su derecho a perseguir el pago de las respectivas indemnizaciones. Sobre el particular, vid. sentencia de la CORTE SUPREMA de 18 de agosto de 1982, RDJ T. LXXIX (1982), sección tercera, p. 74. La inderogabilidad de los derechos básicos se ha aplicado, además, para prohibir aquellas cláusulas contractuales que complementan o amplían determinadas hipótesis legales. Así ocurre, por ejemplo, con aquellas cláusulas contractuales que establecen causales de terminación distintas de las establecidas en la ley. Sobre el particular, cfr. por todas sentencias de la CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA de 23 de noviembre de 1987, GJ N° 95 (1988), p. 108.

V. LA JUSTA RETRIBUCIÓN

Conjuntamente con la libertad de elección y de contratación, la Constitución ha señalado que toda persona tiene derecho a una justa retribución por el trabajo que desempeña. Utilizando términos algo *ambiguos*¹⁹⁷ y *elásticos*¹⁹⁸, se busca cristalizar una cadena asociativa entre la autonomía y la compensación económica de los servicios prestados¹⁹⁹.

1. El contenido de la expresión

Las presiones lingüísticas sobre el mundo jurídico siempre han obligado a dejar de lado conceptos retóricos o meramente intuitivos, pues las palabras de la ley suelen ser ambiguas y vagas, generando incertidumbre en el operador del Derecho. Esto es especialmente aplicable a la exigencia de que el trabajo tenga como resultado una *justa retribución*. A pesar de las evidentes dificultades para determinar su naturaleza y contenido, los redactores de la Constitución optaron por una fórmula que reflejara un cierto esbozo de derecho social²⁰⁰, dejando en claro que los servicios debían tener como contrapartida una retribución acorde con la naturaleza del trabajo, así como con las ventajas que ello trajera para el acreedor de dichos servicios. Aún cuando existe unanimidad en sostener que el constituyente de 1980 no tenía intención de consagrar derechos sociales, en la redacción del término *justa retribución* se puede apreciar un elemento que ampara algo del contenido de esos derechos. Se trata de una frase con un fuerte matiz axiológico, más trascendente, con referencia a valores no meramente económicos del trabajo, y que pretende entregar una señal programática y finalista²⁰¹.

¹⁹⁷ Cfr. WALKER ERRAZURIZ, “Análisis”, cit., p. 211.

¹⁹⁸ Cfr. CEA EGAÑA, *Derecho*, cit., p. 427.

¹⁹⁹ Cfr. QUINTANA BENAVIDES, Augusto, “La garantía constitucional de una justa retribución y la garantía legal de un ingreso mínimo en el Orden Público Laboral chileno”, *Persona y Sociedad*, Vol. XIV (2000) N° 3, p. 123.

²⁰⁰ Cfr. BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., p. 133.

²⁰¹ Parte de la doctrina comparada (vid. VAZQUEZ VIALARD, *Tratado*, T. II, cit., p. 812) sostiene que la expresión “*retribución justa*” aludiría al concepto cristiano del “*salario justo*”. “En otras palabras, la justicia de una remuneración no deriva del hecho de haber sido libremente pactada, sino de la concurrencia global de una serie de factores”. Y entre estos factores, destacarían el *trabajo prestado por el dependiente* (o por el trabajador independiente); el *producto de ese trabajo*; las *necesidades del trabajador y su familia*, así como el *bien común*. En igual sentido, vid. VAZQUEZ VIALARD, Antonio, “Fundamentos constitucionales del Derecho del Trabajo Argentino”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio

En este aspecto, la Carta de 1980 se apartó de la redacción última que tuvo la Constitución de 1925, después de la reforma del año 1971²⁰². Dicho texto señalaba que la Constitución aseguraba a todos los habitantes una “*remuneración suficiente que asegure a ella y su familia un bienestar acorde con la dignidad humana, y una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan*”. Esa referencia aludía, sin duda, a la aptitud que ofrecía la remuneración para satisfacer necesidades básicas tanto del trabajador como de su familia²⁰³.

Para la Constitución de 1980, el término *justa retribución* se plantea de forma más amplia, intentando comprender cualquier tipo de trabajo que se pague, sea por honorarios, sea por remuneración o salario, sea por participación en las utilidades, sea por cualquier tipo de asignación, y además abarca la retribución del trabajo independiente.

Comprende, también, una clara vinculación entre la prestación y la naturaleza del servicio realizado, debiendo entenderse que en el pago de la justa retribución se presentan exigencias propias de la dignidad del trabajador. A fin de cuentas, para la Constitución la *retribución justa* es aquella que se condice con el tipo de

de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, pp. 36 y s. En relación con la doctrina nacional, vid. también QUINTANA BENAVIDES, cit., p. 121: “Será materia de nuestro estudio la parte final de la oración citada, esto es, aquella que consagra, en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de ‘salario justo’, expresión cuyo cuño se encuentra en el Magisterio Social de la Iglesia católica, y en la escuela solidarista alemana que le sirvió de inspiración”.

²⁰² Esta parte de la garantía constitucional sufrió algunas modificaciones, tanto en el Consejo de Estado como en la redacción final que le dio la Junta de Gobierno. En efecto, el inciso aprobado por la Comisión ORTUZAR establecía que la *justa retribución* de una persona debía asegurarle a ella y su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana. El Consejo de Estado suprimió la frase final, dejando el inciso de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución”. Finalmente, la redacción sometida a plebiscito agregó la frase referida a la *libre contratación*, y cambió la conjunción “y”, que antecede a la expresión *justa retribución*, por la preposición “con”. Para la Comisión ORTUZAR la participación en los beneficios no correspondía sólo a las utilidades de la empresa, “que podían ser variables y no siempre exigibles, sino que debiera extenderse a toda clase de beneficios sociales que fueran más allá de la remuneración” (vid. SILVA GALLINATO, cit., p. 123). En ese contexto, la Comisión ORTUZAR estableció una norma en cuya virtud se encargaba a la ley el decretar mecanismos de participación en la empresa. Dicha propuesta, que contenía claras referencias a las teorías *institucionalistas*, se incorporó con posterioridad en el art. 1º N° 20 del Acta Constitucional N° 3: “La ley establecerá mecanismos que contemplen formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituya la empresa”. El Consejo de Estado, sin embargo, eliminó esta propuesta, aún cuando mantuvo el concepto de la *justa retribución*.

²⁰³ En relación con el alcance de redacciones similares en el Derecho comparado, vid. MONTOYA MELGAR, “La protección”, cit., p. 291. Vid. también el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, según el cual 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”.

trabajo que ejecuta el sujeto y las condiciones sociales y económicas en que se desarrolla el mismo²⁰⁴.

Con todo, hay que tener presente que cuando se discutió este tema en la Comisión redactora se optó por ocupar el término “*justa retribución*” en vez de *remuneración*, a fin de garantizar más que una prestación laboral, un ingreso pecuniario, estimándose que éste era el término más adecuado para esta situación. Del mismo modo, se señaló que la expresión en comento involucraba diversas modalidades de ingreso pecuniario, las que pueden ser remuneración, participación en las utilidades, o algún otro género de ingreso en dinero, adquiriendo, en el ámbito de la empresa, un carácter mucho más amplio que comprende todo lo que la persona humana es, entrega y proyecta en la empresa²⁰⁵. Por su parte, ORTUZAR complementó este criterio agregando que se entiende por justa retribución toda forma de remuneración o compensación, y por tanto, la posible participación en los beneficios²⁰⁶.

En síntesis, debemos señalar que cuando se habla de “*justa retribución*”, el constituyente quiso graficar en ello una expresión amplia y aplicable a cualquier modalidad de trabajo apta para configurarla, agregando que debe ser, a lo menos, suficiente para garantizar un bienestar acorde con la dignidad humana, tanto a la persona que presta el trabajo como a su familia²⁰⁷.

²⁰⁴ Vid. en esta línea el art. 3° del Convenio N° 131 de la OIT, de 1970, ratificado por Chile con fecha 13 de septiembre de 1999: “Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes: a) las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales; b) los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”. En el plano doctrinal, vid. además BALDASARRE, cit., pp. 108 y s.: “la retribución ‘suficiente’ denota la pretensión de una retribución global que no esté por debajo del nivel mínimo, considerado en determinado momento histórico y en las condiciones de vida concretas, necesario para asegurar al trabajador y a su familia una existencia libre y digna, el derecho a una retribución ‘proporcionada’ garantiza a quien trabaja una razonable correlación de la propia retribución con la cantidad y la calidad de la actividad prestada”.

²⁰⁵ Vid. *Actas*, cit., sesión N° 199, p. 30. Vid. también SILVA GALLINATO, cit., p. 124: “en él queda comprendido cualquier tipo de trabajo que se pague –realizado por un trabajador dependiente o por uno independiente- y por otra, incluye lo que se llaman ‘beneficios sociales’, es decir, otras formas de recompensa más enriquecedoras que la simple paga en dinero”.

²⁰⁶ Vid. *Actas*, cit., sesión N° 199, p. 30.

²⁰⁷ No obstante, el comisionado señor OVALLE era de la idea que la expresión “*justa retribución*” implicaba algo más que *suficiente*. A su juicio, mediante esta fórmula “se quiere indicar que esta retribución debe dar al trabajador lo que le corresponde como consecuencia de lo que rinde, aunque sea más que suficiente, porque suficiente puede ser poco si su rendimiento es superior, y será lo mínimo si su rendimiento, por circunstancias ajenas a su voluntad, es inferior”. Vid. *Actas*, cit., sesión N° 199, p. 30.

2. Los límites empresariales en lo que respecta a la determinación de la justa retribución

Consecuente con lo señalado en el número anterior, cabe preguntarse si el término “*justa retribución*” implica que la remuneración queda entregada a la convención de las partes que intervienen en la relación de trabajo, radicando el problema en el ámbito de la autonomía de la voluntad. En principio ello no sería factible en atención a que el propio constituyente estimaba que los derechos laborales eran irrenunciables, de forma tal que si la legislación establecía una norma mínima en materia de ingresos, no se veía razón para que las partes pudiesen pactar libremente la retribución a pagar por concepto de trabajo realizado, salvo por cierto que el monto en cuestión sobrepasara los mínimos irrenunciables.

El problema subsiste, sin embargo, en todos aquellos casos en que eventualmente no existiera legislación mínima en materia de ingresos. Parte de la doctrina ha considerado que ello sería insostenible por cuanto generalmente las modalidades de contratación están determinadas por convenios internacionales y por el concierto comparado en materia laboral. Como asegura una autora, no es posible afirmar que Chile se haya querido apartar de esos criterios²⁰⁸. La consagración de derechos básicos e irrenunciables en materia de remuneración mínima obliga a concluir que la convención de los contratantes se encuentra altamente regulada²⁰⁹.

De allí que el contenido exacto de la expresión constitucional deba ser vinculado con la norma, de inferior jerarquía, del art. 44, inciso tercero, del Código del Trabajo, sobre remuneración mínima. Si existiera autonomía de las partes para fijarla, no podría establecerse un límite desde el punto de vista legal²¹⁰.

3. La exacta configuración del concepto de justicia en materia de retribución

Como hemos dicho hasta ahora, la Constitución ha utilizado referencias axiológicas y programáticas a objeto de determinar las retribuciones que le corresponden al trabajador por su actividad. Aterrizando estas referencias, el término *justicia* debiera ser interpretado, en lo que a este ámbito respecta, como

²⁰⁸ Cfr. BULNES ALDUNATE, cit., p. 4.

²⁰⁹ Cfr. además el art. 65 inciso cuarto N° 4 de la Constitución de 1980, según el cual las leyes que fijen y reajusten las remuneraciones de los trabajadores fiscales, así como la remuneración mínima de los trabajadores del sector privado, son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

²¹⁰ Sobre el valor constitucional de las leyes que fijan un ingreso mínimo vid. QUINTANA BENAVIDES, cit., pp. 136 y s.

una interdicción de la arbitrariedad empresarial en el ejercicio de su poder de organización²¹¹.

La especial posición que ocupa el empleador en la relación bilateral de trabajo, caracterizada por un *status* relevante, obliga a concluir que se encuentran prohibidas todas aquellas actuaciones arbitrarias, contrarias a la justicia y al derecho, en materia de acuerdos sobre pago de remuneraciones²¹². En consecuencia, la exigencia de *justicia* no se expresa tanto en la idea de alcanzar una igualdad, sino que en la decisión del empleador exista una *razonabilidad* o fundamentación objetiva, debiendo rechazarse decisiones incongruentes o contradictorias con la realidad salarial, tanto de la empresa como del mercado en que participa²¹³. A fin de cuentas, los poderes que ejerce el empleador también están sometidos a cargas de justificación. Pero ello no puede ser interpretado como un deber de trato igual en términos absolutos, pues se parte de la base que en el ejercicio de sus atribuciones de organización y dirección, el empleador puede acordar libremente la retribución de sus trabajadores respetando los mínimos legales o convencionales²¹⁴.

²¹¹ Cfr. ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 388.

²¹² Cfr. SAEZ CARLIER, Felipe, “El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales”, BDT N° 154 (2001), p. 7.

²¹³ Vid. LUQUE PARRA, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, J. M. Bosch, Barcelona 1999, p. 80: “la justicia se ha de concebir como un parámetro de vinculación de los poderes empresariales, cuya conceptualización exigirá la aplicación –fundamentalmente– del principio de proporcionalidad como parámetro sustancial de razonabilidad de las decisiones empresariales a fin y efecto de aunar las necesidades de la empresa y la protección de los derechos de los trabajadores, evitando con ello la aparición de la arbitrariedad en el desarrollo de las relaciones laborales para lograr –en fin– una efectiva justicia material”. Vid. también QUINTANA BENAVIDES, cit., p. 132: “Tras esta interpretación se esconde la creencia de que la Constitución contempla una Teoría de la Justicia erigida sobre los principios de razonabilidad (o racionalidad) y de progresividad”. A mayor abundamiento, vid. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, primera reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, pp. 21 y ss.

²¹⁴ Cfr. por todos MARTINEZ ROCAMORA, Luis G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona 1998, p. 141. En esta perspectiva, hay que tener presente que las decisiones del empleador gozan de presunción de legitimidad, debiendo demostrarse “la ‘relevancia’ (constitucional) del trato desigual llevado a cabo por el empresario”. Para un análisis de los requisitos exigidos para determinar la *relevancia* del trato desigual, vid. del mismo autor y obra, pp. 156 y ss.

VI. LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL

El inciso tercero del art. 19 N° 16 ha consagrado de manera expresa el principio de no discriminación laboral: “Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o los límites de edad para determinados casos”.

1. El principio de no discriminación

La consagración de este inciso es una manifestación más de la importancia que la Constitución le otorga al principio general de igualdad. En virtud de esta exigencia, todos los que se encuentran en una misma circunstancia deben ser tratados de la misma manera por la norma legal, de tal forma que no existan entre ellos privilegios o diferencias arbitrarias²¹⁵. La arbitrariedad nace de distinciones injustificadas y sin fundamento. Por el contrario, las diferencias fundadas en criterios de racionalidad, y que se apliquen respecto de todos aquellos que estén en una situación excepcional, no pueden ser tachadas de arbitrarias²¹⁶.

El derecho, por tanto, debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada sujeto concreto en relación con el cual se invoca²¹⁷. En esta

²¹⁵ Vid. por todas sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 5 de abril de 1988, en VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989, p. 43: “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”. En el plano doctrinal cfr. DURAN LOPEZ, Federico, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, pp. 48 y ss.; y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, p. 46. A mayor abundamiento, vid. ALEX Y, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 395: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, existe una diferenciación arbitraria ‘cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar (...) una razón razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea concretamente comprensible’”.

²¹⁶ Vid. por todos EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, cit., T. II, p. 15, quien entiende por discriminación arbitraria toda diferencia o distinción, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable.

²¹⁷ Vid. ALEX Y, *Teoría de los Derechos*, cit., pp. 384 y ss. Cfr. además PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos, “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, en *Derecho del Trabajo y Razón Crítica. Libro dedicado al profesor M. C. Palomeque en su XXV aniversario como catedrático*, Salamanca 2004, p. 95; del mismo autor, “Derechos

perspectiva, la Constitución sanciona el *resultado* discriminatorio; es decir, un hecho objetivo independiente de la intencionalidad del agente productor del mismo. Y a fin de evaluar dicho *resultado*, resulta esencial efectuar un examen de comparación, para luego analizar las causas de la discriminación.

Las consideraciones expuestas tienen una especial aplicación en el ámbito laboral. La no discriminación constituye una condición esencial de la libertad de trabajo, de forma tal que resultaría imposible configurar una libertad tan amplia sin que, a la vez, existan normas que resguarden efectivamente un interdecir de arbitrariedad en el acceso y desempeño del trabajo. Por ello, la Constitución ha establecido una prohibición de discriminación por tratarse de actos especialmente odiosos o rechazables²¹⁸. Dichos actos *peyorativos* atentan en contra de la propia dignidad del sujeto, descalificándolo perjudicialmente por razones meramente personales, e irrelevantes al momento de evaluar la capacidad o idoneidad del trabajador²¹⁹.

Siendo éste uno de los temas más relevantes del moderno Derecho del Trabajo²²⁰ y donde el ejercicio abusivo del poder de dirección abona conductas de esta naturaleza²²¹, la Constitución ha hecho aplicable este principio no solo a la

fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003, pp. 231 y ss.; y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y Conocimiento*, Vol. I, Universidad de Huelva, Huelva 2001, p. 465. En el plano jurisprudencial, vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 10 de septiembre de 2001, GJ N° 255 (2001), p. 97, que estimó que sólo se estaría vulnerando la garantía si la discriminación fuere arbitraria o respondiere a un propósito hostil contra determinada persona importando un indebido favor o privilegio personal.

²¹⁸ Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNANDEZ LOPEZ, cit., p. 81.

²¹⁹ Vid. MARTINEZ ROCAMORA, cit., p. 165: “El concepto de ‘discriminación’ supone una protección más enérgica que la de la mera desigualdad común o general. Conlleva una afirmación más fuerte e intensa de los valores constitucionales protegidos: la conducta discriminatoria no es sólo una ofensa a los intereses individuales en juego, sino que, de alguna manera, implica también un atentado al interés colectivo representado en el valor constitucional (...) En general, supone un tratamiento diferenciado y sistemáticamente peyorativo frente a un grupo de sujetos, basado en condiciones personales o familiares, sobre las que no tienen libertad de elección, o en el ejercicio de derechos fundamentales, vinculados con la idea misma de dignidad humana”.

²²⁰ Cfr. GALIANA MORENO, Jesús María y CAMARA BOTIA, Alberto, “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 332.

²²¹ Vid. MELIS VALENCIA, Christian, “En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (Parte II)”, BDT N° 149 (2001), p. 9: “nos encontramos con la constatación que se hace de la existencia y supervivencia en la sociedad civil de ‘amplísimos espacios disciplinarios’, entre los cuales la empresa ocupa un lugar de privilegio, constituyéndose en un verdadero paradigma del poder privado. La empresa, como toda organización jerarquizada, genera una situación bipolar en permanente tensión: por una parte, existe un poder que organiza y

autoridad o al precepto legal, sino que, también, a las distinciones arbitrarias que pueden efectuar los empleadores²²², tanto en el acceso al empleo como en la mantención de las obligaciones que surgen de la relación laboral²²³.

Lo anterior se expresa de manera directa en el denominado principio de la “*Drittwirkung der Grundrechte*” (o en la *state action*, del ordenamiento norteamericano)²²⁴ que, basado en el Derecho germánico, plantea la eficacia de los derechos fundamentales no sólo frente al poder público sino que, además, frente a los particulares²²⁵. Tradicionalmente, los derechos fundamentales se concebían como

dirige los procesos productivos al interior de la empresa y, por otra, en perfecto correlato, una posición de subordinación a la que se encuentran afectos”.

²²² Cfr. SILVA GALLINATO, cit., p. 124.

²²³ Cfr. IRURETA URIARTE, “Libertad de trabajo”, cit., p. 51. Vid. también MONTOYA MELGAR, “El trabajo en la Constitución”, cit., p. 478.

²²⁴ En el Derecho norteamericano, los casos de *state action* se han referido principalmente a intervenciones del Estado revestido de personalidad jurídica de derecho privado, o bien, con intervención indirecta en relaciones entre particulares. Esto deja en evidencia que, en el Derecho norteamericano, “sólo los poderes públicos pueden ser acusados de haber violado la Constitución (salvo el caso especial de la décimotercera enmienda que prohíbe la esclavitud) y, por lo tanto, un particular que considere infringido un derecho fundamental por la actuación de otro particular carece de acción *ex Constitutione* y ha de probar que en la actuación de otro particular había *State action*, es decir, que de algún modo podía imputarse a un poder público la actuación del demandado” (vid. ALFARO AGUILA-REAL, cit., p. 67). La situación es distinta en el Derecho alemán, pues cada vez que el Estado, o alguna de sus entidades públicas, actúa en el ámbito del Derecho privado, ello no sería un asunto de eficacia horizontal sino que una “*Fiskalgeltung*” de los derechos fundamentales. Sobre esto último vid. MÜNCH, Ingo von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid 1997, p. 28. Vid. también RIVERO LAMAS, Juan, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, pp. 491 y ss.

²²⁵ En el Derecho europeo, los primeros antecedentes de estas doctrinas se vinculan a la era de la Constitución alemana de 1919. En dicha época ya se discutía la posibilidad que los derechos fundamentales pudiesen ser invocados para determinar si la garantía relativa al secreto de las comunicaciones regía, también, para el tráfico jurídico privado (Cfr. MÜNCH, cit., p. 27). Sin embargo, los mayores aportes para estas teorías se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial, en la obra de autores como *Hans Carl Nipperdey* y en la actividad jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Laboral Federal de Alemania, que él mismo integraba. *Nipperdey*, aparte de ser discípulo de *Kelsen*, era un profesor de Derecho Civil y de Derecho del Trabajo en Colonia. Asimismo se desempeñó como Presidente del Tribunal Laboral Federal desde 1954 a 1963. En la ya clásica sentencia de 3 de diciembre de 1954 *Nipperdey* distinguió entre derechos fundamentales que sólo vinculan al poder público y derechos fundamentales que tienen aplicación directa entre particulares, en el entendido que estos últimos le garantizan a cada ciudadano lo que él denominó como un *status sociales* (cfr. GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1986, p. 22). A su juicio, si la razón de ser de los derechos fundamentales radicaba en la necesidad de limitar el poder del Estado, entonces la misma necesidad de limitación podría predicarse de otros poderes sociales (cfr.

STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, RCEC N° 1 [1988], pp. 261 y ss.). En esta lógica, la aplicación de esta doctrina al campo de las relaciones laborales resultaba evidente, pues se parte de la base que en ese sector del ordenamiento, y a diferencia de lo que ocurre en otras relaciones privadas, es donde puede producirse la dominación que los derechos fundamentales intentan limitar. Dicho de otra manera, la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* intentó imponer a la autonomía privada los mismos límites que se aplican a los poderes públicos. Hay que dejar constancia, en todo caso, que *Nipperdey* elaboró su tesis después de constatar que el Parlamento alemán no estaba dispuesto a desarrollar legislativamente todo el programa recogido en la Constitución, de forma tal que esa omisión habría terminado obstaculizando toda la teoría de valores (*Werttheorie*) contenida en la Carta Fundamental. El criterio a que hizo referencia el fallo fue rápidamente asumido en otras causas, tal como ocurrió con la demanda de una joven que prestaba servicios en un recinto hospitalario de carácter privado. El contrato de trabajo, así como el de formación, establecían que, en caso de contraer nupcias, el empleador se encontraba autorizado para extinguir el vínculo contractual. Al producirse la hipótesis del matrimonio, el empleador procedió en conformidad. La trabajadora, sin embargo, alegó en su demanda que el despido afectaba sus derechos fundamentales. Con fecha 5 de mayo de 1957, el Tribunal Laboral Federal alemán declaró nula la cláusula contractual. Similares criterios se esgrimieron, años más tarde, por el Tribunal Laboral Territorial de *Hamm*: un farmacéutico obligó contractualmente a su dependiente a tomar píldoras anticonceptivas. El objetivo de esta medida era eludir la aplicación de la Ley sobre maternidad. “El Tribunal observó en este acuerdo una vulneración de derechos fundamentales y, por consiguiente, lo declaró inválido” (vid. MÜNCH, cit., p. 36). No obstante, habrá que señalar que la teoría de la *Drittwirkung* ha mantenido variantes dentro de la doctrina y jurisprudencia alemana, los cuales pueden resumirse en tres grandes corrientes: a) La primera sostiene un rechazo de la *Drittwirkung*. En efecto, una corriente se ha opuesto a la *Drittwirkung* por estimar que constituía un *problema más aparente que real*, que potenciaba el papel del juez a costa del legislador democrático, suprimiendo la autonomía privada. Para los detractores de la eficacia horizontal, la doctrina de *Nipperdey* afectaba la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, pues las personas tienen la facultad de asumir voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses (vid. ALFARO AGUILA-REAL, cit., p. 62). Así ocurriría, por ejemplo, en aquellos contratos en que se limita temporalmente el derecho a la libertad de empresa o al libre ejercicio de la profesión u oficio en virtud de los pactos de prohibición de competencia. De igual forma, la *Drittwirkung* estaría degradando la posición del legislador, sin perjuicio que una valoración discrecional del juez pudiese derivar en decisiones arbitrarias que afectaban la seguridad jurídica. “Se corre el riesgo de que los jueces den prioridad a las ponderaciones jurídico-políticas y traten de hallar una fundamentación constitucional ‘aparente’, mediante la cual el resultado jurídico-político deseado por el intérprete puede presentarse fácilmente como el fallo ‘ordenado por la Constitución’” (vid. BILBAO UBILLOS, cit., p. 316). En igual sentido FERRER I RIBA, Joseph y SALVADOR CODERCH, Pablo, “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid 1997, p. 96: “Pero no le corresponde (al juez), en consecuencia, la aplicación directa por su cuenta y riesgo, de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales en las relaciones privadas: la propia organización democrática del Estado y la división de poderes le obligan a respetar la ley en su jurisprudencia”; y ALFARO AGUILA-REAL, cit., p. 65: “postular la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales contradice el carácter democrático de nuestro Estado en la medida que, dado que son los jueces los que imponen coactivamente la *Drittwirkung*, supone atribuir a los jueces una competencia que sólo puede ser del legislador: la de determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales”; b) La segunda corriente es partidaria de una eficacia inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*). Esta posición doctrinaria se vincula con los orígenes de la doctrina. Su máximo exponente ha sido, como ya se dijo, *Hans Carl Nipper-*

derechos frente al Estado, razón por la cual, en principio, no se aplicaban a las relaciones entre particulares²²⁶. La doctrina vinculada a la eficacia horizontal de

dey; y c) La tercera versión, más débil, se inclina por afirmar que los derechos fundamentales tienen una eficacia mediata (*mittelbare Drittwirkung*). Es una versión indirecta, más moderada, que deja a salvo la intermediación del legislador o del juez para apreciar el alcance de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Esta tesis intermedia alcanzó gran notoriedad con el fallo de la causa de *Erich Lüth*, de 15 de enero de 1958 (BVerfGE 7, 198), y la construcción argumental de *Günter Dürig* y de *Jürgen Schwabe* (cfr. ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., pp. 510 y ss.). El caso *Lüth* dice relación con el Presidente de una agencia de prensa de Hamburgo que recurrió en contra de la sentencia del *Landgericht* que lo había condenado por llamar al boicot de una película denominada *Aman-te Inmortal (Unsterbliche Geliebte)* y que era dirigida por un sujeto sobre el cual recaían sospechas de haber estado vinculado con el nazismo. Ante las acciones de boicot, la productora entabló demanda ante la jurisdicción civil por estimar que se estaban ejecutando actos dolosos de daño, la que ordenó el cese inmediato de las conductas llevadas a cabo por *E. Lüth*. Enfrentado a esta sentencia, *Lüth* acciona ante el Tribunal Constitucional reclamando que se había violado su derecho fundamental a la libertad de expresión. La jurisprudencia alemana, conociendo del recurso concluyó que el *tribunal a quo* debió haber comprobado si las normas del Derecho civil que se aplicaban al caso estaban en concordancia con los valores que reconocía la Constitución. Para el Tribunal Constitucional, la Ley Fundamental no es una ordenación axiológica neutral, de forma tal que el *juez a quo* debió evaluar dichos valores de cara a la normativa aplicada al caso. Según el Tribunal Constitucional, en esa ponderación de valores y normativa, el juzgado civil debió haber optado por la libertad de expresión: “Por mandato constitucional el juez ha de examinar si las disposiciones del Derecho civil que él debe aplicar materialmente están influidas por los derechos fundamentales”. La doctrina contenida en esta sentencia, sobre *eficacia mediata*, fue aceptada, posteriormente, por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia alemana. Con todo, en la actualidad, se tiende a sostener que la eficacia de los derechos fundamentales es distinta según el tipo de relaciones privadas: mientras mayor sea el grado de poder social, mayor será la aplicación de la eficacia horizontal. Asimismo, como señala ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., pp. 515 y s., hasta ahora, “la polémica acerca del efecto en terceros ha sido llevada a cabo como si una de las tres construcciones tuviera que ser la correcta. Esta suposición es falsa. Se sostiene que cada una de las tres construcciones subraya correctamente algunos aspectos de las complicadas relaciones jurídicas que caracterizan los casos de efectos en terceros y que lo que las vuelve inadecuadas es que consideran que los aspectos por ellas abarcados constituyen la solución completa (...) El modelo se divide en tres niveles: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado. Entre estos tres niveles no existe una relación de gradas sino una relación de implicación recíproca”. Sobre el particular vid., entre otros, BILBAO UBILLOS, cit., pp. 270 y ss.; CERDA MARTINEZ-PUJALTE, cit., pp. 156 y ss.; FERRER I RIBA y SALVADOR CODERCH, cit., pp. 89 y ss.; GARCIA TORRES y JIMENEZ-BLANCO, cit., 19 y ss.; MELIS VALENCIA, Christian, “En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (Parte I)”, BDT N° 148 (2001), pp. 8 y ss.; PIZARRO WILSON, Carlos, “Los derechos fundamentales y los contratos: una mirada a la *Drittwirkung*”, GJ N° 221 (1998), pp. 7 y ss.; VARELA DIAZ, cit., pp. 76, 77 y 79; MÜNCH, cit., p. 40; MARTINEZ ROCAMORA, cit., pp. 107 y ss.; y RIVERO LAMAS, cit., pp. 494 y ss.

²²⁶ Cfr. DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *Sistema*, cit., p. 145; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNANDEZ LOPEZ, cit., p. 261. Vid. además GUZMAN BRITO, cit., pp. 38 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid 2005, p. 29; y VALDES DAL-RE, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, Madrid 1992, p. 41.

los derechos fundamentales (*horizontale Wirkung* o *Drittwirkung*) plantea, por el contrario, que éstos se aplican *erga omnes*, y no sólo en el marco público²²⁷. De esta manera, la *Drittwirkung* ha servido para resolver ilícitos civiles, causas por arrendamiento, juicios vinculados al Derecho de asociaciones y, por cierto, los problemas existentes en el Derecho del Trabajo²²⁸.

Con todo, la factibilidad de aplicar los derechos fundamentales al ámbito de las relaciones privadas no puede ser resuelta de manera unitaria. Los derechos fundamentales responden a una realidad plural, polivalente y compleja, con finalidades protectoras diversas, y sería excesivo pretender que todos ellos se aplicasen indistintamente, tanto a la autoridad como a los particulares²²⁹. Por ello, su aplicación exige un examen casuístico, ya que en algunos supuestos –más que aplicación inmediata– no habrá más alternativa que aceptar la intermediación del legislador o del juez (*mittelbare Drittwirkung*)²³⁰.

En el ámbito laboral, la aplicación de la *Drittwirkung*, si bien discutible teóricamente en el caso de otras garantías, adquiere una enorme relevancia, pues resulta que es precisamente en esta órbita donde se producen hipótesis de ejercicio de poder. La relación laboral es un campo en que las atribuciones pueden desbordar los cauces normales de la juridicidad, cuestión que obliga a ser especialmente cuidadosos al momento de reconocer poderes y atribuciones. Desde esta perspectiva, el ejercicio de los poderes de dirección, organización y disciplina que le corresponden al empresario, en virtud del art. 19 N° 21 CPR, no debe ser visto como una facultad absoluta, ajena a los derechos que le corresponden al trabajador como ciudadano, más aún si la disciplina laboral no puede pretender comportarse como un compartimento estanco, “como mundos separados, impermeables, gobernados por lógicas diferentes”²³¹.

²²⁷ Cfr., por todos, ALEXY, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 507.

²²⁸ Cfr. MÜNCH, cit., pp. 33 y s. En la doctrina nacional, vid. también MELIS VALENCIA, cit., Parte I, pp. 15 y ss.

²²⁹ El propio MÜNCH, cit., p. 34, advierte que en la Constitución Alemana existen “ciertos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, se orientan exclusivamente hacia el Estado. Algunos de los previstos en la Ley Fundamental, son, por ejemplo, el derecho a rehusar el servicio militar (art. 4, párr. 3, GG), la prohibición de la privación de la nacionalidad alemana (art. 16, párr. 1, GG), la prohibición de la extradición de alemanes al extranjero (art. 16, párr. 2, inciso 1, GG) y el derecho de asilo para los perseguidos políticos (art. 16, párr. 2, inciso 2, GG)”. Vid. también CERDA MARTINEZ-PUJALTE, cit., p. 166: “Los derechos fundamentales y las libertades públicas consagradas constitucionalmente no presentan una naturaleza homogénea y, consecuentemente, la solución (...) tampoco puede ser ni debe ser uniforme”.

²³⁰ Cfr. MARTINEZ ROCAMORA, cit., p. 109. En sentido contrario, vid. BILBAO UBILLOS, cit. p. 297: “A nuestro juicio, un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador”.

²³¹ Vid. BILBAO UBILLOS, cit., p. 258. Y agrega en p. 260: “La reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben

Los criterios recién expuestos han sido recogidos por el ordenamiento nacional. La eficacia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo no sólo encuentra respaldo en el propio art. 19 N° 16 sino que, también, en el inciso primero del art. 5° del Código del Trabajo toda vez que 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”²³². Esta norma es un típico caso en que el propio legislador ha hecho una *opción de política legislativa* tendiente a reconocerle eficacia a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas.

Esta norma legal tiene su propio respaldo en el inciso segundo del art. 6° de la Carta de 1980, según el cual los “*preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo*”²³³. Este art. parece no dejar lugar a dudas sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento chileno, cuestión que por lo demás ha sido reafirmada desde antiguo por el propio Tribunal Constitucional. En efecto, la sentencia de fecha 27 de octubre de 1983 ya resaltaba la idea del principio de la “*vinculación directa*” de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, “siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados”²³⁴.

reinterpretarse a la luz de la Constitución”. Vid. también SAGARDOY BENGOCHEA, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 11 y ss.; CERDA MARTINEZ-PUJALTE, cit., p. 167; GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “La Reforma al Derecho Individual del Trabajo en la Ley N° 19.759: entre la equidad y el mercado aparente”, RLCH (2002), p. 73; y UGARTE CATALDO, José Luis, “Los derechos fundamentales después de la reforma laboral”, BDT N° 155 (2001), p. 11.

²³² Cfr. también GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Ciudadanía en la empresa o los derechos laborales inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2004, pp. 20 y ss.; MELIS VALENCIA, cit., Parte I, pp. 18 y ss.; SAEZ, cit., p. 11; y UGARTE CATALDO, José Luis, *Los derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral*, Ensayos Jurídicos N° 2, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2006, pp. 2 y ss.

²³³ Una norma, en parte similar, se consagra en el art. 18.1 de la Constitución portuguesa de 1976: “Los preceptos constitucionales relativos a derechos, libertades y garantías serán directamente aplicables y vincularán a las entidades públicas y privadas”.

²³⁴ Vid. sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 27 de octubre de 1983, considerando 10, RDJ T. LXXX (1983), sección sexta, p. 79: “En sus incisos 1° y 2° consagra principios vitales en los cuales descansa la nueva institucionalidad, como lo son: el de la ‘supremacía constitucional’ sobre todas las otras normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento positivo y el de la ‘vinculación directa’ de los preceptos constitucionales a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos, siendo, por ende, tales preceptos obligatorios, tanto para los gobernantes como para los gobernados. De allí que primero se establezca que ‘los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’. Y acto seguido se agregue que ‘los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo’”. En el plano doctrinal vid. también GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma*, cit.,

En esta perspectiva, la libertad de trabajo, y la exigencia de no discriminación, que consagra el art. 19 N° 16, obliga a concluir que este derecho constitucional en particular tiene eficacia horizontal frente a terceros, inmediata en lo que respecta al poder empresarial, prohibiendo los usos arbitrarios cuando dicha arbitrariedad se vincula con tratos irracionales y carentes de fundamentación²³⁵. Si el constituyente se hubiese contentado con la garantía de la igualdad ante la ley, lo cierto es que ella habría sido insuficiente para sancionar conductas discriminatorias del empleador, sobre todo si se considera que el art. 19 N° 2 está pensado fundamentalmente para las actuaciones que realiza la autoridad o el legislador²³⁶.

Lo anterior obliga a separar conceptualmente las figuras del principio de igualdad y de la no discriminación²³⁷. En rigor, el empleador no está estrictamente obligado a cumplir en toda su magnitud el principio de igualdad ante la ley, pensado como se ha dicho para los actos que ejecute el poder público²³⁸. Por

pp. 69 y ss. En la doctrina nacional, cfr. además CEA EGAÑA, *Derecho*, cit., T. I, p. 244; y UGARTE CATALDO, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 11.

²³⁵ Cfr. LUQUE PARRA, cit., p. 110. Cfr. también RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "Igualdad y no discriminación en el empleo", cit., p. 471. En el plano jurisprudencial, vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 20 de junio de 2002, GJ N° 267 (2002), p. 31: "La doctrina ha dicho que un acto u omisión es arbitrario cuando no existe razón que lo fundamente, cuando quien actúa o se abstiene de actuar lo hace por mero capricho sin una razón legal, lógica o al menos moral, que le sirva de fundamento y que justifique su actuar u omisión. La jurisprudencia (por su parte) ha estimado que la arbitrariedad importa una vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos". En igual sentido, vid., además, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 10 de marzo de 2003, GJ N° 273 (2003), p. 60.

²³⁶ Más aún, el inciso segundo del art. 19 N° 2 de la Constitución aclara que: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". La amplia referencia a la *autoridad* no habría resultado suficiente para incorporar al empleador.

²³⁷ Vid. por todos STARCK, cit., p. 66: "el principio general de igualdad constitucional, normalmente no tiene vigencia en el Derecho Privado, puesto que un deber de igualdad de trato dotado de validez general 'sacaría de quicio' al Derecho Privado"; y RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNANDEZ LOPEZ, cit., pp. 64 y s: "el principio de no discriminación 'no es la simple consecuencia de la igualdad sino una aplicación modulada y dinámica de ésta' (...) La utilización de este término (...) no es una simple especificación del principio, sino un mandato especial que, aún cuando derivado del principio de igualdad, va más lejos, y dice algo distinto del mandato de igual protección en el marco de la ley". Y estos últimos autores agregan en p. 263: "El principio de igualdad 'en y ante' la ley sí es susceptible de ser interpretado en clave de relaciones ciudadano-Estado, porque en ellas agota su función básica. Pero no ocurre lo mismo con la no discriminación: ésta no es sólo un área de libertad que garantiza a su sujeto titular frente al Estado".

²³⁸ Cfr. por todos MARTINEZ ROCAMORA, cit., p. 119: "el principio general de igualdad, en sí mismo, como principio constitucional, se agota en la relación ciudadano-Estado". Y agrega en pp. 136 y s: "la división fundamental entre 'prohibición discriminatoria' y 'principio general de igualdad'. La primera tiene virtualidad aplicativa plena por sí misma, al derivar de la Constitución, no estando necesitada del apoyo de ningún criterio igualatorio de refuerzo, mientras que el principio general, por el contrario, sólo será de aplicación si así

el contrario, lo que pesa sobre el empleador es la interdicción de comportamientos discriminatorios, de modo tal que no pueda diferenciar desfavorablemente a un trabajador por elementos no vinculados a la capacidad o a la idoneidad. Un criterio distinto llevaría a prohibir el otorgamiento, por ser inconstitucionales, de concesiones unilaterales de condiciones más beneficiosas²³⁹, y limitaría fuertemente el poder de dirección del empleador que emana del art. 19 N° 21 de la Constitución²⁴⁰.

La estructura sobre la cual se sustenta la relación laboral, parte de la base que el empleador tiene un poder de dirección que le permite especificar la oferta de empleo, determinar los requisitos de dicha ocupación y evaluar el cumplimiento de las funciones por parte del dependiente. En cada una de estas operaciones, el empleador se encuentra limitado por el principio de no discriminación, de tal forma que no puede establecer diferencias caprichosas o carentes de racionalidad.

Más que una obligación general de igualdad, el contrato de trabajo se rige por una prohibición de discriminación. Es decir, el empleador está inhabilitado para ejecutar actos odiosos, inaceptables, que en el fondo carecen de *razonabilidad*. Pero una cosa distinta, es que se le exija un riguroso acatamiento del principio de igualdad, cuestión que supondría distorsionar el tráfico jurídico, creando rigideces y restricciones excesivas a los márgenes permitidos de autonomía de la voluntad²⁴¹.

Este matiz permite concluir que el empleador goza de ciertos atributos directivos y organizativos que lo facultan para tomar ciertas decisiones que eventualmente pueden generar distinciones legítimas. Dicho de otra manera, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la Administración Pública, el empleador al ofrecer un puesto de trabajo tiene facultades para especificar sus contornos obligacionales e, incluso, para establecer distintos rangos remuneratorios o de

se establece en concreto, para el caso particular, en el ordenamiento jurídico”.

²³⁹ Vid. LUQUE PARRA, cit., p. 111: “cuando se analiza el principio de no discriminación se puede caer en la tentación de vincularlo con el principio de igualdad, pudiéndose afirmar que la actuación empresarial debe respetar de manera sustancial y formal la igualdad entre los trabajadores que tiene a su cargo, sin embargo, con ello se confunde el mandato constitucional a la igualdad ante la ley, en su redacción y en su aplicación, (...) con la interdicción de los comportamientos discriminatorios”. Y agrega en pp. 112 y 113: “La anterior consideración no ha de implicar que en el ejercicio de los poderes empresariales el principio de igualdad entre las partes no tenga relevancia alguna. (...) Con todo, el empresario está vinculado por la prohibición de efectuar tratos discriminatorios y no por la existencia de una igualdad material”.

²⁴⁰ Cfr. en relación con el derecho comparado RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Igualdad y no discriminación en el empleo”, cit., p. 472; y MARTINEZ ROCAMORA, cit., p. 110 y ss.

²⁴¹ Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNANDEZ LOPEZ, cit., p. 263. Vid. También BALDASARRE, cit., p. 81.

beneficios²⁴². Lo importante es que esos distintos rangos se funden en criterios objetivables, debiendo presumirse que las decisiones empresariales o acuerdos individuales desiguales gozan de presunción de legitimidad²⁴³.

La prohibición de actos discriminatorios tiene una aplicación amplia, referida a todas las fases de la contratación laboral, así como a todos los ámbitos que esta cubre²⁴⁴. De esta manera, no podrían efectuarse diferencias de trato en el empleo, en la promoción laboral, o en las condiciones de trabajo, que no tengan una justificación objetiva y razonable²⁴⁵. Más aún, la prohibición de diferencias de trato se aplican no solo a las discriminaciones directas y tradicionales (como sería el caso de aquellas vinculadas a razones de sexo o de raza)²⁴⁶ sino que,

²⁴² Vid. por todos GALIANA MORENO y CAMARA BOTIA, cit., p. 348: “Lo anterior sucede dentro del campo del Derecho Público o del Privado si contrata la Administración Pública, porque ésta por imperativo constitucional debe actuar neutralmente y servir con objetividad el interés general. Sin embargo, los particulares en sus relaciones privadas no tienen que ser objetivos y neutrales. Aquí nos encontramos con la autonomía privada, ‘el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, dentro de la cual se incluye la libertad contractual constitucionalmente garantizada (...) La plena aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre particulares eliminaría radicalmente la autonomía privada y la libertad personal”.

²⁴³ Vid. LUQUE PARRA, cit., p. 113 y nota 262. En igual sentido, y a mayor abundamiento, vid. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, “El Despido discriminatorio”, en *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2ª edición, Acarl, Madrid 1992, p. 602: “No existe precepto legal alguno que imponga al empresario la obligación de tomar idénticas medidas con todos sus trabajadores”; p. 609: “en el ámbito de las relaciones privadas, las únicas diferencias de trato constitutivas de discriminación prohibida y que devienen ineficaces, con las que tienen su origen en alguno de los motivos expresamente consignados en la Constitución o en la ley”; y p. 610: “Esta orientación de la aplicación del principio de igualdad, es absolutamente razonable y clarificadora, pues es la única compatible con el desenvolvimiento normal de las relaciones privadas y el respeto a la autonomía de las partes”.

²⁴⁴ En la misma perspectiva, vid., el inciso tercero y cuarto del art. 2º del Código del Trabajo: “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, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”. La norma tiene bastante similitud con aquella que se plantea en el Convenio N° 111 de la OIT. En efecto, y a la luz de los Convenios y Recomendaciones internacionales, el principio de no discriminación laboral supone prohibir dos grupos de actuaciones: (i) En primer término, cualquier distinción, exclusión o preferencia basadas 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 el trato en el empleo y la ocupación; y (ii) 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, la que, desde la perspectiva internacional, podrá ser especificada por los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo.

²⁴⁵ Cfr. MARTIN VALVERDE, “El ordenamiento laboral”, cit., p. 134.

²⁴⁶ Esas son las que recoge el inciso tercero del art. 2º del Código del Trabajo, el cual se construye sobre la base de varias derivaciones concretas de las garantías constitucionales del art. 19 de la Carta Fundamental: “Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o

también, se refieren a discriminaciones nuevas, tales como la temporalidad, las causas genéticas o las cuestiones de género²⁴⁷.

En este contexto, la exigencia de no discriminación opera, en primer término, en los “*estadios previos*” o “*actuaciones preparatorias*” del contrato definitivo²⁴⁸. En efecto, los actos vinculados a la promesa de contratar laboralmente, así como el pre contrato y los tratos preliminares, exigen una especial conducta no discriminatoria por parte del eventual empleador, cuestión que debe hacerse extensiva a los casos de oferta de empleos públicos como de previsión empresarial de contratación de trabajadores. La actividad discriminatoria del oferente de empleo no tiene señalada una sanción especial en el ordenamiento laboral, pero ciertamente que dará lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios causados²⁴⁹. A pesar de que en la etapa precontractual no existe un vínculo laboral propiamente dicho, es admisible sostener que el perjuicio ocasionado por la ruptura discriminatoria de estos acuerdos previos debe traer necesariamente aparejada alguna clase de responsabilidad. Por ello, si bien los acuerdos preliminares no tienen efecto vinculante hasta que se plasme una fórmula definitiva, su realización sí produce determinadas consecuencias jurídicas, ya que la parte que rompe dichos tratos sin justa causa estará obligada a resarcir los daños²⁵⁰. En este sentido, quien demuestre que con ocasión

preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

²⁴⁷ Vid. GALIANA MORENO y CAMARA BOTIA, cit., p. 332. Vid. también PALOMEQUE LOPEZ, “El derecho constitucional”, cit., p. 112: “las materias sobre las cuales puede recaer la discriminación ilícita son en general cualquiera condiciones de trabajo (...), con lo que el ámbito de actuación del principio es ilimitado”.

²⁴⁸ Cfr. GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, Elías, “La perfección del contrato de trabajo como origen de derechos y obligaciones”, RPJ N° 1 (1986), p. 132. Vid. también DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, 5ª edición, T. I, Civitas, Madrid 1996, p. 269: “el contrato se va formando *ex intervallo temporis*. Hay un período que puede ser más o menos prolongado de tiempo en el cual las partes discuten, deliberan y elaboran lo que habrá de ser para ellas una reglamentación de autonomía privada”. Sobre la aplicabilidad del art. 19 N° 16 a las etapas anteriores a la contratación, vid. además sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO de 18 de enero de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, pp. 42 y ss.

²⁴⁹ Esta es la fórmula que se utilizó en su momento por el § 611 a II del BGB alemán, en el sentido que si una relación de trabajo no se iniciaba a consecuencia de una violación del principio de igualdad de trato, por causa imputable al empleador, el candidato discriminado podía exigir una indemnización por dicha circunstancia. Este precepto, sin embargo, fue derogado en virtud del N° 14 del art. 3 de la Ley de Implementación de la Directiva Europea para la realización del principio de igualdad de trato, más conocida como Ley General de Igualdad de Trato (AGG), de 14 de agosto de 2006 (BGBl. I, p. 1897). En la actualidad, la materia se rige, en términos más generales, por el § 15 de la referida ley.

²⁵⁰ Vid. DIEZ-PICAZO, cit., p. 278: “si en el curso de las negociaciones o tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura”.

de los tratos preliminares ha realizado gastos en los cuales no habría incurrido si él hubiese previsto la no cristalización del contrato o “que ha rehusado una ventaja tan o más beneficiosa proveniente de otra persona, experimentando con ello un daño, puede pedir que se le indemnice, ya que la buena fe con que deben realizarse tales operaciones así lo exige”²⁵¹.

Nuestro Código del Trabajo, en su art. 2º, inciso sexto, ha prohibido expresamente los actos de discriminación ocurridos en la etapa precontractual, aún cuando habrá que concordar que no ha regulado una igualdad de trato en términos absolutos. De esta manera, el legislador laboral no asume una obligación de uniformidad, o de homogeneidad absoluta. Eso, simplemente, impediría el normal desenvolvimiento de las libertades empresariales, también reconocidas en la Constitución. Con todo, la consagración de esta norma legal permite intermediar entre el texto fundamental y los particulares, matizando las dificultades que eventualmente podría presentar una aplicación directa de la *Drittwirkung*.

En rigor, lo que hace el art. 2º del Código del Trabajo es configurar los supuestos de arbitrariedad y capricho empresarial. En una redacción abierta y no taxativa²⁵², se consideran discriminatorias, y por tanto prohibidas, 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 a que se refiere el inciso cuarto del mencionado precepto: es decir, distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social²⁵³.

Pero la preocupación del legislador nacional por la ejecución de actos discriminatorios en determinados ámbitos productivos lo ha llevado a sancionar especialmente aquellas distinciones basadas en antecedentes financieros o comerciales de un trabajador. De esta manera, el inciso séptimo del art. 2º del Código del Trabajo se ha encargado de recalcar que 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

²⁵¹ Vid. DE ARRILLAGA, José Ignacio, “Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas”, RDM Vol. XIV, N° 40 (1952), p. 10.

²⁵² Así se desprende de la simple lectura del inciso quinto del art. 2º: “Por lo anterior, y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación”.

²⁵³ Una prohibición adicional, en razón del fuerte impacto social que ella provoca, se puede consultar en el inciso final del art. 194 CT para los casos de embarazo: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificados o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.

fin declaración ni certificado alguno”²⁵⁴.

En las etapas propias de ejecución del contrato de trabajo, existen también dos estadios en que la exigencia de no discriminación se hace ostensible: durante el desarrollo mismo del vínculo y al momento de la extinción. En el primero de los casos mencionados, la prohibición de trato peyorativo abarca las condiciones mismas en que se ejecutan las labores, así como las obligaciones que recaen sobre los trabajadores de la empresa. Las condiciones deben ser el fruto de un acuerdo lícito entre las partes que, superando el mínimo legal, acuerdan las modalidades de ejecución y los beneficios que ello traerá para el trabajador. Ante una misma función, el empleador podrá pactar condiciones distintas, pero cuidándose de no establecer diferencias irracionales o caprichosas. Lo mismo habrá que concluir con respecto a las obligaciones propiamente laborales que se le exigen al trabajador. Es la oferta de empleo, y el posterior acuerdo contractual, los que determinan qué obligaciones van asociadas al cargo o función que ofrece el empleador, no pudiendo ampliarse a nuevas exigencias que desnaturalizarían el acuerdo.

En lo que respecta a la extinción, lo cierto es que el despido discriminatorio se vincula en principio al término injustificado, indebido o improcedente del vínculo. Pero no es sólo eso. Si producto de la extinción se prueba que el término del contrato ha sido especialmente peyorativo, irracional y carente de fundamento, con lesión a derechos fundamentales del trabajador, el sistema establece la posibilidad de resarcir esos daños de forma complementaria a como lo establece el sistema de indemnización por años de servicios. De allí que el legislador haya incorporado nuevos procedimientos de tutela de los derechos fundamentales, a objeto de proteger al trabajador frente a actos discriminatorios que afecten su propia dignidad²⁵⁵.

²⁵⁴ Sobre el particular cfr. IRURETA URIARTE, Pedro, “Trabajo y Derecho: Perspectivas futuras”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII N° 2 (2004), pp. 170 y s.

²⁵⁵ Cfr. Ley N° 20.087, de 3 de enero de 2006, que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. De conformidad con el nuevo inciso primero del art. 485 del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela laboral se aplicará respecto de “las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”. Y en el inciso segundo y tercero del mismo precepto legal, se agrega: “También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto. Se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales”.

2. Los factores justificantes de la diferenciación

Sin perjuicio de las exigencias de no discriminación, la Constitución ha reglamentado dos tipos de argumentaciones que le permiten al legislador o al empleador establecer diferencias tanto en el acceso al empleo como en la evaluación que se haga con respecto al desempeño del trabajador: la capacidad y la idoneidad, por una parte, y la nacionalidad y los límites de edad, por la otra. El primero de los elementos diferenciadores es compatible con la prohibición de discriminación en el empleo, ya que se entiende que el empleador tiene un margen más o menos amplio de decisión sobre las aptitudes necesarias de un trabajador a objeto que sea admitido en una determinada organización productiva²⁵⁶.

En el segundo caso, la autorización constitucional se aplica al legislador, y no a la norma reglamentaria o a los particulares. Mediante ella se legitima la regulación de diversas excepciones, aplicables a *determinados casos*, y que sólo le compete al legislador fijarlas²⁵⁷. Por lo tanto, el empleador no puede pretender asilarse en estas hipótesis para optar por uno u otro trabajador, como sí lo puede hacer el legislador, ya que él tiene la posibilidad de establecer diferencias o requisitos objetivos de empleo con el único límite de la no discriminación. Por el contrario, si esta norma del inciso tercero del art. 19 N° 16 CPR no existiera, el legislador difícilmente podría establecer este tipo de diferencias pues se encuentra sujeto al riguroso esquema del principio de igualdad.

2.1. Capacidad e idoneidad

La capacidad y la idoneidad son elementos que permiten la contratación sobre bases objetivas y no simples caprichos del acreedor de trabajo²⁵⁸. La capacidad

²⁵⁶ Cfr. MARTIN VALVERDE, “El ordenamiento”, cit., p. 137. En el plano jurisprudencial vid. También sentencia de la CORTE SUPREMA de 23 de octubre de 1991, RFM N° 396 (1991), pp. 703 y ss.

²⁵⁷ Cfr. BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., p. 135. Vid. también VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NOGUEIRA ALCALA, cit., p. 288: “Excepcionalmente, la ley (no la autoridad ni los particulares) podría establecer exigencias de nacionalidad o límites de edad para determinados casos particulares”.

²⁵⁸ Vid., por ejemplo, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 24 de mayo de 1988, GJ N° 95 (1988), p. 46: “el llamado a concurso se hizo sobre la base de antecedentes y oposición, circunstancia que por sí sola permite seleccionar a aquellos postulantes que presenten los mejores antecedentes académicos; que los antecedentes de las personas seleccionadas son superiores a los presentados por el recurrente y se justifica que éste haya quedado excluido en la preclasificación, sin que ello signifique que se haya violentado la igualdad ante la ley, e incluso pudo haberse dejado sin efecto el llamado a concurso por insuficiencia de los antecedentes de los postulantes y sin siquiera expresar causa”. Para una simetría entre el vocablo *arbitrario* y *caprichoso*, vid. sentencia de la CORTE SUPREMA de 24 de septiembre de 2003, GJ N° 279 (2003), pp. 71 y ss.; y sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 20 de junio de 2002, GJ N° 267 (2002), pp. 31 y ss.

es la aptitud o suficiencia para alguna cosa; la idoneidad, por su parte, se concibe como la calidad de idóneo, que se refiere a aquél que tiene buena disposición o suficiencia para una cosa. En ambos casos, se está haciendo referencia a requisitos vinculados al cargo o función, de forma tal que los requerimientos para un oficio u ocupación dependerán en alto grado de los requisitos de la oferta de empleo que haya realizado el empleador y la naturaleza misma del cargo²⁵⁹. Si las condiciones exigidas para la realización de las labores se efectúan con el objeto de anular o alterar la igualdad de oportunidades en el trato en el empleo u ocupación, entonces existirá un acto discriminatorio. Por el contrario, si las calidades exigidas se justifican por la naturaleza del trabajo, las diferencias establecidas por el empleador deberán considerarse legítimas²⁶⁰. Dicho de otra manera: por un lado, el empleador tiene derecho a optar por aquel trabajador que considere más capacitado o idóneo para una función específica²⁶¹; pero, por otro, el trabajador tiene derecho a que no se le discrimine por causas ajenas a su capacidad o idoneidad para el cargo o función²⁶².

Los criterios anteriores han sido acogidos por el legislador. Más que establecer diferencias, la ley ha reafirmado la regla general en el sentido que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como actos de discriminación²⁶³. Más aún, y

²⁵⁹ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 199, pp. 11 y s. Vid. también, en la misma sesión, p. 15, la intervención de Jaime GUZMAN. Para él, lo relevante es que los requisitos de postulación a un trabajo se fijen siguiendo reglas generales y no casos especiales, “por eso es que se exige un determinado título profesional para un determinado cargo, y así también respecto de una función determinada puede ser importante y necesaria, como pauta general, la edad, sea máxima o mínima, porque se estima que para ciertas funciones se puede exigir una edad mínima, por ejemplo de treinta o treinta y cinco años, lo que es perfectamente legítimo y las personas menores de esa edad no podrán sostener que están siendo discriminadas en esa función, al igual que en otros casos podrá ser que la capacidad consistiera en hablar el idioma inglés porque para ese trabajo es fundamental”.

²⁶⁰ Vid. sentencia de la CORTE SUPREMA de 25 de octubre de 2004, GJ N° 293 (2004), p. 237.

²⁶¹ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 28 de octubre de 2003, GJ N° 282 (2003), p. 84: “Los postulantes a un concurso público sólo tienen meras expectativas”.

²⁶² En igual sentido, y por todas, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 19 de diciembre de 1986, GJ N° 78 (1986), p. 35: “Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación, ya que no son admisibles, serían discriminatorias y por ende nulas, las exigencias o requisitos que no se basen en la idoneidad de los trabajadores, salvo que la ley exija cierta edad mínima o la nacionalidad”. Sobre la imposibilidad de indagar en aspectos extracontractuales del trabajador, como fundamento de la idoneidad, vid. IRURETA URIARTE, Pedro, “La falta de probidad como causa de extinción del contrato de trabajo”, en *Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago 1998, pp. 116 y ss.

²⁶³ Para una visión de la normativa nacional vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad”, *RLCH* (2001), pp. 69 y ss. Los casos en que el legislador ha exigido requisitos objetivos para el

ahora en referencia a las cuestiones de carácter económico o financiero, el legislador ha establecido que un oferente de empleo puede condicionar la contratación de trabajadores tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, así como de personas que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores, a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial²⁶⁴.

Adicionalmente, el legislador ha vinculado el desempeño de ciertas funciones al cumplimiento de requisitos habilitantes que acreditan la idoneidad. Por ejemplo, en algunas hipótesis se ha exigido estar en posesión de un título profesional, o en otras se ha establecido un número mínimo de años de experiencia o titulación para acceder a determinados cargos o funciones. En todas esas hipótesis, la ley rodea de requisitos objetivables el desempeño de la función, permitiendo que la idoneidad o capacidad sean evaluables externamente.

desempeño *idóneo* de un trabajo, son innumerables. Por ejemplo, el art. 97 del Código del Trabajo establece que la gente de mar, para desempeñarse a bordo, deberá estar en posesión de un título o licencia o una matrícula, según corresponda, otorgadas por la autoridad de acuerdo a normas que permitan “*calificar conocimientos e idoneidad profesional*”. Criterios similares se contienen en la Ley N° 18.290, de 1984, en relación con las licencias profesionales de conductores de vehículos, pues el postulante deberá contar con la idoneidad moral, física y síquica para desempeñar la actividad. De igual forma, para el desempeño de actividades de vigilante privado, nochero, portero, rondín, y otras de similar carácter, el art. 5°, letra b), del Decreto Ley N° 3.607, de 8 de enero de 1981, estableció la necesidad de acreditar la “*idoneidad cívica, moral y profesional*” del trabajador. Asimismo, para ser síndico de quiebras se requiere tener “*idoneidad suficiente*”, así calificada por el Ministerio de Justicia (art. 16 de la Ley N° 18.175, de 1982).

²⁶⁴ Cfr. segunda parte del inciso séptimo del art. 2° del Código del Trabajo. En esta línea, la jurisprudencia ha validado las solicitudes de información de un postulante: “no constituye acto ilegal o arbitrario, ni afecta el derecho reconocido por el artículo 19 N° 4 de la Constitución, la comunicación que hace a la autoridad militar correspondiente el gerente de una empresa respecto del desempeño e idoneidad laboral de un vigilante a quien ha debido ponerse término a su contrato con motivo de su conducta indebida”, Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE COPIAPO de 25 de marzo de 1991, RDJ T. LXXXVIII (1991), sección quinta, pp. 100 y ss. Vid. también sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 28 de marzo de 2005, RFM N° 533 (2005-2006), pp. 954 y ss.: “El sólo hecho de mantener deudas insolutas afecta la idoneidad moral de cualquier persona, por ello, el Reglamento para contratación de consultoría del Ministerio de Obras Públicas ha tenido en consideración, que quien desempeña trabajos para esa Secretaría de Estado en calidad de consultor, debe tener antecedentes intachables en todo aspecto y, por ello, en su artículo 97 letra g) establece la posibilidad de suspender o eliminar del registro al consultor que no cumpla con esa exigencia”.

2.2. Nacionalidad y límites de edad

El inciso tercero del art. 19 N° 16 permite que la ley pueda exigir, como fundamento de la diferenciación, la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Las diferencias basadas en la *edad* fueron incorporadas en el texto de la Constitución durante el análisis que de esta normativa se verificó en el Consejo de Estado²⁶⁵, y por lo general parten de la base que la misma puede constituir una distinción objetiva, abstracta y razonable, que explique el que ciertos empleos deban contar con personas que hayan adquirido una edad determinada²⁶⁶. En el caso chileno, esta limitación ha sido reglamentada, en parte, en los arts. 13 y siguientes del Código del Trabajo en lo que respecta al trabajo infantil. Requerimientos internacionales²⁶⁷ y fundamentos doctrinarios²⁶⁸ han aconsejado establecer una edad mínima de acceso al empleo, sin perjuicio de regular el ejercicio de ciertas actividades en razón de la edad del trabajador²⁶⁹.

²⁶⁵ Vid. sesión N° 63^a, de 16 de enero de 1979, edición manuscrita, del Consejo de Estado, p. 398: “Con respecto al inciso segundo del mismo número 15°, el señor Ortúzar hace presente que el profesor Schiessler (de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, sede Valparaíso) ha propuesto agregar la frase “o límites de edad”, entre el término “chilena” y la locución “en los casos que ella determine. Así se acuerda”.

²⁶⁶ Cfr. GALIANA MORENO y CAMARA BOTIA, cit., p. 339.

²⁶⁷ Sobre el particular, cabe tener presente que Chile ratificó en 1989 el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 10.3 dispuso que los Estados partes en el presente Pacto reconocen que: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”. Chile también ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En este último instrumento, 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. Además, los Estados partes se obligan a fijar una edad o edades mínimas para trabajar. Por último, cabe señalar que nuestro país también ratificó, con fecha 17 de julio de 2000, el Convenio N° 182 de la OIT (1999), sobre las peores formas de trabajo infantil.

²⁶⁸ Entre los fundamentos doctrinarios para limitar legalmente la edad de acceso al empleo, suelen esgrimirse aquellos de carácter fisiológico, los vinculados con la seguridad personal del menor, los de salubridad, los de moralidad y los de carácter cultural. Para un análisis detallado de cada uno de estos fundamentos vid. IRURETA URIARTE, Pedro, “Normativa interna sobre prevención y erradicación del trabajo infantil de conformidad a los convenios internacionales ratificados por Chile”, en CILLERO, Miguel y MADARIAGA, Hugo (compiladores), *Trabajo Infantil, freno al desarrollo. Panorama general y políticas para su desarrollo*, Unicef - Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago 2000, pp. 172 y ss.

²⁶⁹ Así ocurre, por ejemplo, con el art. 79 del Código del Trabajo, según el cual sólo “podrán

Pero los mayores problemas de diferenciación, sin lugar a dudas, se presentan en los casos de trabajadores con edad avanzada y la consiguiente pérdida de su rol social²⁷⁰. Si bien la edad puede ser un factor diferencial admisible, se entiende que la facultad que la Constitución le otorga al legislador es de carácter excepcional, para “*determinados casos*”, debiendo existir una fundamentación razonable al momento de limitar el acceso al empleo en virtud de este concepto, o bien exigir la salida por cumplimiento de una edad específica. Esto último ocurrirá, por ejemplo, en los supuestos en que se establezca la jubilación como causa de extinción del contrato²⁷¹.

En lo que respecta a las diferencias basadas en la nacionalidad, se abre la posibilidad de que el legislador proteja a los ciudadanos chilenos contra la concurrencia de mano de obra extranjera. Así ocurre en el art. 20 del Código del Trabajo, el cual estatuye que, a lo menos, el 85% de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador serán de nacionalidad chilena. De esta forma, se protege la contratación de nacionales y sus respectivas fuentes de empleo, dejando a salvo, obviamente, al personal técnico, por la calificación de la mano de obra, al cual se excluye de la regla general. Téngase presente, en todo caso, que la norma del art. 20 sólo establece una regla de proporcionalidad tendiente a proteger la contratación nacional; pero se trata de una regla objetiva que no puede ser interpretada como una atribución del empleador en orden a realizar actos discriminatorios en virtud de este factor²⁷². El propio inciso tercero del art. 2° del Código del Trabajo se encarga de prohibir las discriminaciones fundadas precisamente en la nacionalidad.

Con todo, el empleador también puede, eventualmente, esgrimir la edad o la nacionalidad como elementos fundantes de la diferenciación contractual. Lo que ocurre es que, en estos casos, tendrá que acreditar la relación existente entre estos factores y el rendimiento laboral, la capacidad de trabajo y la idoneidad, de forma tal que no quepa duda que, tanto la edad como la nacionalidad, son factores esenciales para el ejercicio de las funciones contratadas²⁷³.

celebrar contrato de aprendizaje los trabajadores menores de veintiún años de edad”.

²⁷⁰ Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNANDEZ LOPEZ, cit., p. 243: “como fenómeno general social, el tema de la discriminación por edad se ha de plantear en relación con las personas de la llamada ‘tercera edad’, cuyo número se ha incrementado proporcionalmente en los últimos años”.

²⁷¹ Vid. en esta línea el art. 143 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo: “El funcionario que jubile, se pensione u obtenga una renta vitalicia en un régimen provisional, en relación al respectivo cargo público, cesará en el desempeño de sus funciones a contar del día en que, según las normas pertinentes, deba empezar a recibir la pensión respectiva”.

²⁷² Cfr. SAEZ, cit., p. 8.

²⁷³ Cfr. MARTINEZ ROCAMORA, cit., pp. 187 y 188.

VII. LA LIBERTAD DE INDUSTRIA Y COMERCIO

El inciso cuarto del art. 19 N° 16, en su parte primera, transcribe uno de los párrafos más tradicionales en materia de regulación de la libertad de industria y comercio: “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”. Esa era la fórmula que utilizaron los textos constitucionales, a partir de la Revolución Industrial, para asegurar la libertad económica.

Se trata, como hemos dicho, de una norma que viene desde la Constitución de 1833 y que busca reafirmar las exigencias de la sociedad liberal en contra de las reglamentaciones propias del sistema corporativo imperante hasta el siglo XVIII²⁷⁴. Para el constitucionalismo decimonónico resultaba esencial desprenderse de las limitaciones que el sistema corporativo había impuesto, cuestión que se tradujo en preceptos reguladores de una amplia libertad de industria y comercio²⁷⁵. Pero la garantía también tenía por finalidad enfrentar a los poderes políticos de carácter local y territorial, los cuales funcionaban con un complejo sistema de aduanas interiores, tales como los portazgos, arbitrios, peajes y fielatos. En la práctica, estos mecanismos impedían y obstaculizaban el desarrollo de cualquier actividad económica²⁷⁶. Por ello, y aún cuando el art. 142 (151) de la Constitución de 1833 estaba redactado en términos negativos, no cabe duda que mediante este

²⁷⁴ En rigor, el inciso es prácticamente igual al que consultaron las Constituciones de 1833 y de 1925, salvo que en la actual redacción no se habla de las *buenas costumbres* y se hace mención a un término más amplio como es el de la *moral*. Asimismo, la Constitución actual no utiliza la expresión “*industria*”, refiriéndose en forma general a “*ninguna clase de trabajo*”. También, se reemplazó el término “*salud*” por “*salubridad*”, tal como lo hacía la Carta de 1833 y el texto original de la Constitución de 1925.

²⁷⁵ Como una “*libertad preciosa*” la califica HUNNEUS, cit., T. II, p. 362. En igual sentido GUERRA, cit., p. 146: “No es dable desconocer que la libertad de trabajo es *una de las más preciosas conquistas jurídicas* de la humanidad contemporánea, realizada después de una prolongada evolución en que la precedieron la esclavitud, la servidumbre y el sistema gremial”; CARRASCO ALBANO, cit., p. 185: “Por el presente artículo se asegura ese derecho sagrado de todo hombre a la libre aplicación de sus facultades físicas o intelectuales sobre las fuerzas naturales para su propio bienestar i comodidad, que se llama libertad de industria”; y SOTO CALDERON, cit., p. 106: “No es dable desconocer que la libertad de trabajo es una de las más preciosas conquistas jurídicas de la humanidad contemporánea”.

²⁷⁶ Cfr. MARTIN-RETORTILLO, Sebastián, “Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid 1989, pp. 697 y 698. Y agrega: “No era sólo el sistema de aduanas interiores a las que antes he aludido y los distintos gravámenes que ello conlleva, estaba, también, la prohibición de comerciar con Indias por puertos que no fuesen los de Sevilla y Cádiz, la exigencia de permisos para la circulación de mercancías, etcétera”.

precepto se buscaba armonizar nuestra Constitución con los aires de autonomía que regían la actividad comercial y cuya inspiración preceptiva más inmediata se encontraba en el art. 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa, de 24 de junio de 1793: *ningún tipo de trabajo, de cultura o de comercio puede ser prohibido a la actividad de los ciudadanos*. En el fondo, esta garantía, en el Estado liberal, se concebía como un derecho de *defensa* o de *omisión* oponibles al poder público²⁷⁷.

A partir del siglo XIX, la libertad de industria y comercio fue ampliamente consagrada en todo el constitucionalismo occidental. Junto al derecho de propiedad y a la libertad de empresa, conformaban el marco regulatorio básico sobre el cual se edificaba el derecho privado de la época²⁷⁸. En ese contexto, el art. 142 (151) de la Constitución de 1833 resultaba esencial para el pleno desarrollo del individuo, pues se partía de la base que el trabajo es una manifestación de la libertad individual, y que toda limitación al derecho de las personas a ocuparse en un oficio o profesión venía a ser una restricción al ejercicio de esta última libertad²⁷⁹.

El constituyente de 1980 repite la norma ya establecida por sus antecesoras y le reconoce a toda persona una amplia facultad para desarrollar cualquier trabajo que considere necesario y adecuado para su vida, siempre y cuando sea lícito²⁸⁰. La exigencia de licitud evidencia una subordinación de la actividad productiva o industrial a valores indicativos de un ideal, de forma tal que la libertad en comento no puede ser concebida como un principio absoluto²⁸¹. Dicha licitud

²⁷⁷ Cfr. BILBAO UBILLOS, cit., p. 235. Vid. también LETELIER, Valentín, *Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales*, Cabaut y Cía. Editores, Buenos Aires 1917, pp. 5 y s.

²⁷⁸ Cfr. ALARCON CARACUEL, “Derecho al Trabajo”, cit., p. 36. Vid. también SASTRE IBARRECHE, cit., p. 44.

²⁷⁹ Cfr. ROLDAN, cit., p. 162.

²⁸⁰ En palabras de la jurisprudencia, la libertad de industria y comercio “es también una de las aspiraciones del principio antropocéntrico que consagra el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución de 1980. Ella se propone evitar el trabajo forzado o no querido. No acepta imponer, a quien sea, una actividad determinada, por loable que se la juzgue. Y detesta mantener obligadamente a alguien en el quehacer que por propia iniciativa ha decidido abandonar, a menos que exista razón contractual o legal que lo impida”. Vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 22 de agosto de 1985, en THAYER ARTEAGA, William y RODRIGUEZ ALVARADO, Antonio, *Código del Trabajo y Legislación Social*, T. I, Editorial Jurídica de Chile - Ediar-ConoSur, Santiago 1988, p. 43.

²⁸¹ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 10 de septiembre de 2001, GJ N° 255 (2001), p. 97: “La igualdad ante la ley y la libertad de trabajo no son principios absolutos, debiendo aplicarse en cada caso conforme a las características de la situación particular de que se trata”; y sentencia de la CORTE SUPREMA de 4 de octubre de 1984, RDJ T. LXXXI (1984), sección quinta, p. 195: “cuando la Constitución asegura ‘la libertad de trabajo’, establece que los individuos tienen derecho al trabajo, sin más limitaciones que las que la ley, dentro del ámbito constitucional, pueda imponer”.

se expresa en limitaciones clásicas²⁸², históricamente variables en su contenido, pero a partir de la cuáles se puede ejercer un control judicial o legal, modulando y ordenando el ejercicio de derechos que aparentemente podrían haberse estructurado de manera demasiado amplia²⁸³.

Los límites -que marcan la licitud de la actividad y que tienen una clara finalidad delimitadora- están centrados en cuatro figuras: la moral, la salubridad pública, la seguridad pública y el interés nacional²⁸⁴. Son figuras claramente identificables dentro de la categoría de bienes jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*, del Derecho alemán), o de “*conceptos válvula*”²⁸⁵, en que el contenido y el alcance son en gran medida inciertos. Además, su formulación “no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado”²⁸⁶.

A pesar de que en el Derecho, los términos no son totalmente claros y específicos, ello no impide que los conceptos jurídicos indeterminados tengan connotaciones normativas (no descriptivas) que requieren *valoraciones* para aplicarlos al caso concreto²⁸⁷. La exigencia de valoraciones para su aplicación no debe ser vista como una aceptación de conceptos de estimación libre²⁸⁸. El campo de la apreciación autónoma es relativamente pequeño y, por regla general, se le suele limitar al campo de la Administración cuando existen varias soluciones posibles. En estos casos, por el contrario, lo que se busca es llenar estos conceptos con valoraciones objetivamente válidas y unívocas, pero en ningún caso personales²⁸⁹. La autoridad, enfrentada a este tipo de conceptos, se encuentra

²⁸² Cfr. en relación con la Carta de 1833, CARRASCO ALBANO, cit., pp. 185 y s. En lo que respecta al Código Político de 1925 vid. BERNASCHINA GONZALEZ, cit., T. II, p. 205. En el plano comparado vid. también BURGOA, cit., p. 332.

²⁸³ Cfr. MARTIN-RETORTILLO, Sebastián, cit., p. 704.

²⁸⁴ Una redacción, en parte similar, se utiliza en el art. 158 N° 2 del Código Penal, en el sentido que se declaran lícitos aquellos trabajos o industrias que “no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad públicas”.

²⁸⁵ Cfr. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid 1976, p. 191.

²⁸⁶ Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, REDA N° 89 (1996), p. 71. Cfr. además ALEXI, *Teoría de los Derechos*, cit., p. 22; y HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998, pp. 33 y ss.

²⁸⁷ Vid. ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid 1967, p. 143: “el volumen normativo de estos conceptos tienen que ser llenados con valoraciones en cada caso concreto”.

²⁸⁸ Cfr. por todos GARCIA DE ENTERRIA, “Una nota sobre el interés general”, cit., p. 73. Y agrega en p. 83: “La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución”.

²⁸⁹ Cfr. ENGISCH, cit., p. 149.

sometida a una fuerte exigencia de no arbitrariedad, que le impide la utilización de amplios parámetros de juicio de manera irrazonable²⁹⁰.

1. La moral

Las referencias que la Constitución hace a la moral evidencian el uso de términos jurídicos de contenido incierto que buscan conectar el núcleo de la garantía con la dimensión axiológica. Es una técnica utilizada no sólo por la Constitución²⁹¹; también en otras ramas del ordenamiento como el Derecho civil o penal se utilizan este tipo de referencias. En el ámbito civil, por ejemplo, las exigencias de actos morales han servido para prohibir el contrato de claque, el proxenetismo matrimonial, las actividades relacionadas con las casas de tolerancia, los juegos de azar o los tráficos de influencia²⁹². En el ámbito penal, por su parte, se han sancionado como inmorales delitos relacionados con el tráfico sexual y en general los delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública²⁹³.

Aún cuando la moral tiene varias dimensiones, lo cierto es que las valoraciones relativas a los atentados a la moral deben respetar siempre la prohibición de cometer una “*arbitrariedad*” o de “*faltar a la objetividad*”²⁹⁴. En esta línea, el vocablo constitucional parece vincularse a la idea de una moral que refleja estándares objetivos y vinculados a bienes jurídicos tales como el orden, la paz o la seguridad en una sociedad²⁹⁵. En este caso en particular, la norma constitucional se estructura en una perspectiva de coincidencia con un concepto elástico, flexible, cambiante en el tiempo, y tradicionalmente asociado a la figura de las *buenas costumbres*. La ejecución de ciertos actos moralmente reprochables, conlleva a la ilicitud jurídica, precisamente por la coincidencia que adquieren en este precepto en particular²⁹⁶.

²⁹⁰ Cfr. BALDASARRE, cit., pp. 67 y s.; y SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos*, cit., p. 192.

²⁹¹ Otros preceptos de la Carta Fundamental que invocan a la moral como fundamento limitativo de derechos, pueden consultarse en relación con la libertad de cultos (art. 19 N° 6 CPR), la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11 CPR), el derecho de asociación (art. 19 N° 15 CPR) y la libertad de empresa (art. 19 N° 21 CPR).

²⁹² Cfr. JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Bosch, Buenos Aires 1950, p. 90. Vid. también COLIN, A., y CAPITANT, H., *Derecho Civil*, T. I, Reus, Madrid 1952, p. 171.

²⁹³ Cfr. por todos ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 2° edición, T. IV, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago 1976, pp. 10 y ss.

²⁹⁴ Cfr. ENGISCH, cit., p. 163.

²⁹⁵ Parte de la doctrina, incluso, lo vinculó en su momento con la teoría del abuso de derecho, pues se estarían atacando derechos de terceros o bien *ofendiéndose* a la sociedad. Sobre el particular vid. CALDERA, cit., p. 174.

²⁹⁶ Cfr. TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 14° edición, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, p. 544.

Como decíamos, el concepto utilizado deja un significativo margen de libertad en el juez o en la autoridad a objeto de evaluar la pertinencia o ilicitud del trabajo realizado, ya que éste inevitablemente deberá realizar un juicio de valor sobre el mismo. Sin embargo, su utilización deja al descubierto que para los redactores de la Carta de 1980 el término debía concebirse en forma más exacta, apartándose de la expresión “*buenas costumbres*” que utilizaba el Código Político de 1925, ya que estimaban que este último término se encontraba comprendido en la idea jurídica de *moral*²⁹⁷. Si bien la figura de las buenas costumbres tenía una tradición en la jurisprudencia chilena, para muchos de los integrantes de la Comisión ORTUZAR representaba una idea conceptualmente vaga y que, constitucionalmente, “puede ser perfectamente reemplazada por otra más precisa”²⁹⁸.

Con todo, resulta evidente que cuando la Constitución prohíbe aquellos trabajos que se opongan a la moral, en el fondo está englobando bajo dicho término la figura de las *buenas costumbres*. Si estas últimas efectivamente se alcanzan como toda regla de conducta humana externa que acepta la conciencia general de un país en determinada época²⁹⁹, no cabe duda que dicha conducta debe ejecutarse conforme a las reglas de la moral como idea general y primera³⁰⁰.

²⁹⁷ Cfr. IRURETA URIARTE, “Libertad de Trabajo”, cit., p. 58. En igual sentido, SILVA BASCUÑAN, *Tratado*, cit., T. II, p. 308. Con todo, y en relación con otras garantías constitucionales, algunos redactores de la Carta Fundamental expresaron su disconformidad con la exclusión de las buenas costumbres. En efecto, según consta en ACTAS, cit., sesión N° 127, pp. 30 y s., tanto SILVA BASCUÑAN como OVALLE expresaron que a veces puede distinguirse la diferencia que existe entre la moral y las buenas costumbres, “porque la moral se relaciona con la irracionalidad del comportamiento en relación a un valor fundamental del hombre, mientras que las buenas costumbres pueden referirse a otras circunstancias como, por ejemplo, tirar a la calle todas las aguas servidas de una casa, desde un punto de vista primitivo y salvaje de valores humanos, naturales y básicos, puede ser que no se vaya contra la moral pero sí va en contra de las buenas costumbres, porque sería algo inadmisibles”.

²⁹⁸ Cfr. la tesis de Jaime GUZMAN en ACTAS, cit., sesión N° 128, p. 10.

²⁹⁹ Cfr. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho*, Nascimento, Santiago 1971, p. 165. Vid. también TORRÉ, cit., p. 544: las buenas costumbres “no son más que las costumbres de acuerdo con la sana moral imperante en un lugar y en un momento dados”.

³⁰⁰ No existe una línea jurisprudencial clara que permita definir jurídicamente los trabajos contrarios a la moral. Excepcionalmente, e interpretando diversos preceptos del ordenamiento jurídico, se ha señalado que las actividades desarrolladas en un “*Centro Integral de Relajamiento Corporal*” son contrarias a la moral (cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 13 de julio de 1983, RDJ T. LXXX [1983], sección quinta, p. 133). La misma calificación efectuó la jurisprudencia en lo que respecta a la “aparición de artistas y de personal total o parcialmente desnudos, o simulando el desnudo mediante el uso de ropas transparentes” en las denominadas “*salas de espectáculo*” o “*café espectáculo*” (cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 29 de abril de 1983, GJ N° 35 [1983], p. 65). Por último, también se han calificado como inmorales el funcionamiento de salas de “espectáculos frívolos -‘topless’- que se observa a través de una mirilla y mediante el empleo de fichas de un valor determinado”. Sobre esto último vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 21 de agosto de 1980, RDJ T. LXXVII (1980), sección segunda, pp. 107 y ss.

2. La seguridad pública

La expresión seguridad pública es de carácter amplio y pretende cubrir otros vocablos similares que se utilizan en nuestro ordenamiento tales como orden público, seguridad del Estado u orden jurídico. Para los redactores de la Carta de 1980, el orden público está formado, en parte, por la propia ley, los hábitos, la costumbre, la concordancia de las disposiciones o el consejo general, entre otras varias alternativas. El orden jurídico, por su parte, era visto como toda la estructura constitucional, legal y reglamentaria del Estado, en cuanto conforman un sistema sujeto a disposiciones que jerárquicamente se ordenan en estructuras para regir la vida de los individuos³⁰¹.

Llevado este concepto al ámbito de la norma constitucional, deberá entenderse que un trabajo se opone a la seguridad pública cuando la actividad atenta en contra de la tranquilidad interior o exterior de la sociedad que resulta del respeto al ordenamiento jurídico vigente³⁰². También afectan a la seguridad pública aquellos trabajos que pongan en peligro la libertad, la integridad o la vida de los habitantes³⁰³. Así, la doctrina ha sostenido que serían contrarios al orden público los pactos destinados a realizar servicios criminales o que atenten en contra de la propia libertad de trabajo³⁰⁴. También, la jurisprudencia ha concluido que no afecta a estos bienes jurídicos el hecho que la autoridad deniegue autorización para ampliar las tareas de extracción de mariscos y pescados, “ya que con ello no se impide que continúen las actividades comprendidas en el acceso libre a la pesca con que se cuenta, sino que se toman medidas temporales de resguardo a extracciones que en el futuro deberían desarrollarse de manera que no perjudiquen la conservación de la masa pesquera”³⁰⁵.

³⁰¹ Vid. ACTAS, cit., sesión N° 128, p. 13. Vid., en esta misma sesión, la tesis de OVALLE, quien concibe el orden público como “aquél conjunto de normas y maneras de ser de un pueblo, que configuran su naturaleza esencial y las cuales no pueden ser afectadas, porque de serlo, se estaría afectando la estructura fundamental del pueblo”.

³⁰² Cfr. SILVA BASCUÑAN, *Tratado*, cit., T. II, p. 308. Vid. también RUCHELLI, Humberto Fernando y FERRER, Horacio Carlos, *El orden público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1991, pp. 63 y ss.

³⁰³ Cfr. SILVA BASCUÑAN, *Tratado*, cit., T. II, p. 308.

³⁰⁴ Cfr. LEON HURTADO, Avelino, *La Causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990, p. 62.

³⁰⁵ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO de 19 de diciembre de 2000, GJ N° 247 (2001), p. 37. En sentido contrario vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT de 9 de agosto de 1985, RDJ T. LXXXII (1985), sección quinta, pp. 212 y ss. En este último caso, la Corte consideró ilegal una resolución de un Alcalde que fijaba un horario de funcionamiento a local comercial de expendio de bebidas alcohólicas, pues vulneraba el derecho del recurrente para fijar de manera libre el horario de atención al público: “Una transgresión legal como la indicada perjudica la garantía de la libertad de trabajo que la Constitución asegura a todas las personas en su art. 19 N° 16, puesto que coarta o limita el derecho del recurrente a trabajar en los horarios que estime oportunos, como lo autoriza la ley”. El mismo criterio se aplicó en la Resolución N° 110 de la COMISION RESOLUTIVA, de 24 de noviembre de 1981, RDJ T. LXXVIII (1981),

3. La salubridad pública

Un tercer bien jurídico que limita el ejercicio de la libertad de industria y comercio está dado por la salubridad pública³⁰⁶. *Salubridad* significa aquello que tiene la calidad de salubre, y lo salubre es aquello bueno para la salud, saludable, que sirve para conservar o restablecer la salud corporal³⁰⁷.

En este orden de ideas, durante la vigencia de las Constituciones de 1833 y de 1925 se reglamentaron los trabajos relativos a la conducción de cadáveres, pues se entendía que en las especie concurrían razones de conveniencia general, y de salubridad pública, que así lo aconsejaban³⁰⁸. También se exigieron condiciones sanitarias e higiénicas como requisitos indispensables para el desempeño de ciertas industrias.

En la actualidad, esta misma referencia ha servido para prohibir el expendio de bebidas alcohólicas en recintos que no cuentan con autorización legal³⁰⁹, o para suspender el funcionamiento de ciertas empresas en razón de informes periciales que recomendaban la medida para proteger la salud y bienestar de la comunidad³¹⁰.

4. El interés nacional declarado por ley

Por último, el inciso cuarto de la Constitución señala que ningún tipo de trabajo podrá oponerse al interés nacional, así declarado por ley. La invocación

sección sexta, p. 108: “La restricción de que solo las farmacias de urgencia pueden funcionar durante los días domingo, festivos y feriado legal carece de justificación e importa una innecesaria limitación del horario de funcionamiento de las farmacias, no solo contraria a la libre competencia sino también opuesta a la libertad de trabajo garantizada por la Constitución Política del Estado (sic). En efecto, no se ve por qué razón las farmacias que no son de urgencia deban estar impedidas de funcionar los días domingos, festivos y de feriado legal, en el horario que estimen conveniente, cumpliendo con las normas de la legislación laboral que regulan el trabajo durante los días inhábiles”.

³⁰⁶ Referencias similares se han consagrado en el art. 19 N° 24 CPR, relativo al derecho de propiedad, al momento de definir el contenido de la función social del dominio.

³⁰⁷ El término en cuestión fue introducido en la Carta Fundamental, sin mayor discusión, como una manera de repetir los conceptos involucrados en las Constituciones de 1925 y de 1833. Sólo se modificó el vocablo “*salud*” por el de “*salubridad*”.

³⁰⁸ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 2 de octubre de 1903, RDJ T. I (1903), segunda parte, p. 575: “Por el hecho de establecer un privilegio en favor de una determinada institución para el ejercicio de un determinado trabajo, como es la conducción de cadáveres, se ha establecido una verdadera contribución que no pugna con (...) la Constitución, porque esta ley limita el ejercicio de una industria que puede subsistir, según la Constitución, por exigirlo así por razones de conveniencia general, de seguridad o de salubridad pública”.

³⁰⁹ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 22 de marzo de 2004, GJ N° 286 (2004), p. 46. Vid. también sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL de 29 de septiembre de 2003, RDJ T. C (2003), sección quinta, pp. 131 y ss.

³¹⁰ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA de 8 de junio de 2001, GJ N° 253 (2001), p. 21.

de este interés siempre aparece en casos difíciles o importantes para justificar excepciones al régimen de libertad general³¹¹.

En el contexto del art. 19 N° 16, el interés nacional vuelve a ser un concepto jurídico indeterminado, pero que concentra algo del orden público y de la seguridad del Estado. También tendrá otras manifestaciones vinculadas al bien común³¹², la defensa de la integridad de la Nación o la cautela de la institucionalidad de la República, o, incluso, la protección frente a peligros que afecten la vida y la salud de los habitantes. En el fondo, se busca integrar bajo este concepto una serie de elementos que trasuntan la parte dogmática de la Constitución y que expresa sus principios fundamentales³¹³.

Lo distintivo del interés nacional, en todo caso, es que el mismo debe ser declarado por ley, cuestión que no se exige ni de la moral, ni tampoco de la seguridad o salubridad públicas. En estos tres últimos casos, la Administración tiene facultades para ejercer la función delimitadora, aún cuando debe probar y motivar en cada caso la concurrencia de la causa de limitación³¹⁴. La autoridad

³¹¹ Vid. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos*, cit., p. 321.

³¹² Vid. en esta línea la opinión de SILVA BASCUÑAN en ACTAS, cit., sesión N° 203, p. 10, quien aseguró que la expresión *interés nacional* implica “una invocación a los aspectos sustanciales, indivisibles de la unidad que es el Bien Común, en cuanto destino general de la colectividad; no a un aspecto en cierta manera trascendental, pero, en todo caso, secundario o parcial. Eso mira a lo más cercano, a la soberanía, al objeto esencial del Estado”. En el plano jurisprudencial vid. además sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 21 de agosto de 2001, RDJ T. XCVIII (2001), sección sexta, p. 137: “Los intereses generales de la nación expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera y jamás, por importante que sea, con un sector de ella”.

³¹³ Cfr. IRURETA URIARTE, “Libertad de trabajo”, cit., p. 61. Otras menciones al interés nacional, en la propia Constitución, pueden consultarse en el art. 19 N° 23, cuando se refiere a la limitación para adquirir el dominio de algunos bienes, y en el art. 19 N° 24, cuando se hace referencia a los “*intereses generales de la Nación*”. También se utiliza esta terminología en los casos de reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado (art. 8° CPR). Todas estas menciones se alzan como una guía que utiliza el constituyente “para organizar instituciones o actuaciones públicas. En modo alguno podrán interpretarse, precisamente, como expresiones que habiliten a los titulares de los poderes públicos para acordar lo que su buen querer o su imaginación puedan sugerirles, como habilitantes de una verdadera discrecionalidad, en sentido técnico, según la cual cualquier decisión, cualquier opción entre alternativas sería legítima” (vid. GARCIA DE ENTERRIA, “Una nota sobre el interés general”, cit., p. 72). Cfr. además JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, REDA N° 81 (1994), pp. 589 y ss.

³¹⁴ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, “Una nota sobre el interés general”, cit., p. 74. Sobre discrecionalidad en los actos de la Administración vid. además FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3° edición, Civitas, Madrid 1999, pp. 81 y ss. El criterio recién expuesto ha sido ratificado por la jurisprudencia, en sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 29 de abril de 1983, GJ N° 35 (1983), p. 65: “Que no está en la razón el recurrente al sostener que sólo la ley puede declarar que un trabajo o una actividad económica son contrarias a la moral. El artículo 19 N° 16 inciso 4° de la

no goza de discrecionalidad absoluta para calificar estos supuestos, de forma tal que su apreciación del límite debe estar rodeada de contenidos que permitan demostrar su fundamentación³¹⁵.

Asimismo, en la declaración del interés nacional, el legislador no tiene una facultad totalmente libre o vacía de contenido. Por el contrario, cada vez que el legislador invoque el interés nacional como pretexto para limitar cierto tipo de trabajo, su examen deberá ser razonado y objetivo, explicitando las argumentaciones de su opción. De esta manera, el legislador no podrá fundarse en su mera intuición o experiencia personal, sino que deberá explicitar por qué en un caso determinado acoge la limitación y en otros no.

En síntesis, sólo una norma jurídica con rango de ley puede invocar el interés nacional como criterio de limitación de una actividad³¹⁶. Así, por ejemplo, durante el siglo XIX, y de manera algo elástica, el interés nacional sirvió de fundamento para conceder privilegios en la fabricación de gas hidrógeno, en la conservación del estanco de tabaco, para la construcción de ferrocarriles o para la fundación de empresas que no podían mantenerse en régimen de competencia³¹⁷. Durante

Constitución prohíbe los trabajos opuestos a la moral, la seguridad y la salubridad pública y aquellos en que el interés nacional lo exija, sólo en este último caso se requiere de una ley que así lo declare”. Y agrega: “En consecuencia, no es monopolio de la ley la prohibición de un trabajo o actividad económica contrarios a la moral”. Vid. también sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 21 de agosto de 1980, RDJ T. LXXVII (1980), sección segunda, pp. 107 y s.: “Corresponde al Alcalde (...) calificar lo lícito o ilícito de la actividad comercial cuya autorización se solicita, sin perjuicio de que esta decisión pueda ser revisada a través del reclamo de ilegalidad”.

³¹⁵ Cfr. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos*, cit., pp. 228 y s. Vid. también ALEXYS, *Teoría de la argumentación*, cit., pp. 213 y ss. En el plano jurisprudencial vid. sentencia de la CORTE SUPREMA de 28 de octubre de 1998, RDJ T. XCV (1998), sección quinta, p. 220: “Un acto administrativo aunque sea adoptado en virtud de potestades conferidas con elementos discrecionales no puede ser arbitrario, esto es fruto de capricho, de la irracionalidad, o alejado de los fines para los cuales se le han otorgado”; y sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE de 7 de marzo de 2001, RDJ T. XCVIII (2001), sección quinta, p. 50: “Las atribuciones con que son investidas por la ley las autoridades administrativas en modo alguno pueden ejercerse en forma arbitraria; por el contrario, su ejercicio debe ser legítimo, lo que implica que debe ajustarse a criterios de constitucionalidad, legalidad, oportunidad, proporcionalidad y razonabilidad lógica”. Y agrega: “Toda facultad discrecional debe ser ejercida con estricta sujeción a antecedentes de hecho fidedignos, considerándose, además, la oportunidad y el perjuicio que de ello puede irrogarse a las personas, ejercicio que impide un uso no razonable de esas facultades y excederse más allá del fin previsto por el legislador”.

³¹⁶ Vid. por todos SILVA BASCUÑAN, *Tratado*, cit., T. II, p. 308: “ninguna autoridad o norma jurídica, distinta de la de los órganos legisladores expresada en forma de ley, tiene fuerza para prohibir o limitar un trabajo o industria en sí lícitos”. Y agrega: “Un reglamento, decreto, ordenanza, instrucción, etc., no pueden implantar una restricción a la libertad de trabajo y comercio, y, por otra parte, cuando la establezca el legislador, debe éste declarar la razón de interés nacional que la fundamenta”.

³¹⁷ Cfr. HUNNEUS, cit., T. II, p. 363. El caso del estanco merece un comentario adicional. Una aplicación directa de este inciso implica condenar la figura de los monopolios, tal como lo

la aplicación de la Carta de 1925, la invocación del interés nacional sirvió para reglamentar la figura de los colegios profesionales como personas jurídicas de derecho público. Por su parte, durante la vigencia de la Constitución de 1980, la jurisprudencia consideró conforme a derecho el DFL N° 458/76, ya que con él se busca obtener una planificación urbana y ejecutar políticas nacionales, regionales y comunales de desarrollo socioeconómico: “Y este interés está comprometido con el otorgamiento de patentes municipales en relación con el uso del suelo urbano”³¹⁸.

hizo en su tiempo la jurisprudencia correspondiente a la Carta de 1833: “todo privilegio o monopolio inconstitucional es contrario a la garantía de la libertad de industria y de trabajo”. Vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 13 de mayo de 1902, Gaceta 1902, primer semestre, p. 385. De allí que, al momento de redactarse esta garantía en la Carta de 1833, los redactores de dicha Constitución partían de la base que el silencio del Código Político de 1828 sobre esta materia resultaba inadmisibles, entre otras razones, porque permitía la conservación del monopolio en lo que se refiere al estanco. En razón de ello, la Convención restableció la libertad de industria y comercio, pero dejó abierta algunas limitantes que permitieron legitimar las restricciones al comercio de este producto. Sobre el particular, vid., LETELIER, *La Gran Convención*, cit., p. 230.

³¹⁸ Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES PRESIDENTE AGUIRRE CERDA de 3 de mayo de 1983, RDJ T. LXXX (1983), sección quinta, p. 46.

VIII. LOS COLEGIOS PROFESIONALES³¹⁹

Las organizaciones de trabajadores basan su asociación, fundamentalmente, en la defensa y promoción de intereses comunes y en la solución conjunta de problemas centrados en la relación jurídico-laboral. Desde esa noción básica surge el asociamiento sindical que perdura en las legislaciones modernas. Por lo tanto, existe un elemento que podemos denominar “*profesional*” en la unión de los trabajadores: la defensa de los intereses colectivos que surgen del desempeño de la actividad u oficio común. Ese elemento aglutinador permite que los trabajadores contribuyan a la conquista de mejoras generales en sus respectivas fuentes laborales, así como a la defensa, promoción y canalización de los derechos que emanan de la prestación de servicios.

Sin embargo, durante el siglo XX surgió una figura que tiene su origen, también, en la misma profesión, pero entendida ahora como una disciplina especial que requiere la conformación de instituciones que preserven el bienestar, ya no de un grupo determinado, sino de la sociedad en general, que se ve afectada por el desempeño de dicha profesión. Estas organizaciones son los llamados *colegios profesionales*.

Desde el punto de vista jurídico, el estudio de estas entidades puede ser enfocado desde dos ángulos. El primero de ellos se refiere a la garantía de asociación que tiene todo individuo y en cuya virtud la incorporación obligatoria a una organización profesional implica un quiebre de aquel principio según el cual nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. El segundo aspecto se vincula con la garantía de la libertad de trabajo, en el sentido que un oficio o actividad específica puede ser prohibida o reglamentada cuando así lo requiera el interés nacional declarado por ley.

Durante la vigencia de la Constitución del año 1925, el legislador entendió siempre que la facultad constitucional de establecer prohibiciones para determinados trabajos en razón del interés nacional así declarado por una norma legal (art. 10 N° 14), se compadecía con la exigencia — que rigió en nuestro país hasta el advenimiento de la Carta de 1980 — que para ejercer una determinada profesión se hacía necesario estar incorporado al respectivo colegio profesional. El *colegio* en cuestión aparecía como un verdadero colaborador del Estado en el registro de los profesionales y, de paso, autorizaba con dicha incorporación el ejercicio de la actividad señalada por ley.

³¹⁹ En la presente sección hemos seguido de cerca el siguiente artículo: IRURETA URIARTE, Pedro, “Los colegios profesionales y el Derecho del Trabajo”, RCHD Vol. 21 N° 1 (1994), pp. 83 a 132. Dicho estudio ha sido complementado con las explicaciones correspondientes a la reforma constitucional introducida al inciso cuarto del art. 19 N° 16 de la Carta de 1980, llevada a cabo por la Ley N° 20.050, de 2005.

Este sistema se aplicó en Chile durante toda la vigencia de la Constitución de 1925, y su inspiración se mantuvo, incluso, con ocasión del Acta Constitucional N° 3, del año 1976. No obstante, al momento de someterse a plebiscito la Carta de 1980, el constituyente de esa época modificó el criterio consagrado en el primitivo art. 19 N° 16 eliminando aquella frase que exigía la colegiatura obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones universitarias. Bajo el supuesto indicado, la legislación complementó la nueva garantía constitucional mediante un conjunto de normas que permitieron la afiliación libre y voluntaria, y el establecimiento de los *colegios* con características similares a las entidades regidas por el derecho general de asociación. Así, los antiguos colegios profesionales se transformaron y resurgieron a la vida jurídica como simples organizaciones gremiales exentas de la mayor parte de las atribuciones que las caracterizaron durante el período constitucional anterior a 1980.

Con la reforma introducida por la Ley N° 20.050, de 2005, se modificó de manera relevante el alcance que pretendía otorgársele a estas organizaciones, reenviándoles el control ético en el ejercicio profesional. Dicha modificación vuelve a centrar el tema de los colegios profesionales dentro de la órbita propia de la libertad de trabajo, cuestión que explica en parte su regulación dentro del inciso cuarto del art. 19 N° 16 de nuestro Código Político.

1. Principio general consagrado en la Constitución. La tesis propugnada por los redactores de la Carta Fundamental³²⁰

El art. 19 N° 16 de la Constitución de 1980, en su inciso cuarto, consagró el principio general en materia de asociación y trabajo al disponer la imposibilidad de exigir a una persona su afiliación o desafiliación a una organización cualquiera con el objeto de poder desempeñar un trabajo determinado. En efecto, la mencionada norma constitucional establece expresamente que “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”.

De la sola lectura de este inciso parece imponerse con fuerza la visión jurídica que rechaza cualquier posibilidad de sujetar el ejercicio de un trabajo o profesión a la incorporación en una entidad cualquiera, ya sea ésta gremial, profesional,

³²⁰ Aún cuando el autor comparte el criterio asumido por parte importante de la doctrina nacional, en orden a que el valor hermenéutico de las *Actas* elaboradas por la Comisión Ortúzar presenta serias dificultades de método y legitimidad (v. gr. CEA EGAÑA, José Luis, “La igual protección de los derechos”, RCHD Vol. 9 [1982], p. 533, nota 58), de todas formas se ha optado por dedicar una sección especial a las tesis propugnadas por sus miembros en razón de que el precepto del art. 19 N° 16 que se comenta es inédito en comparación con otros textos constitucionales chilenos. El mismo procedimiento, por lo demás, se ha ocupado en otros capítulos de este trabajo, como es el caso de la sección dedicada a la huelga.

política o de otra naturaleza. La libertad de trabajo impediría, en principio, exigencias de esta naturaleza.

A pesar de que la idea original aprobada por la Comisión Ortúzar conservaba el criterio de excluir de esta regla general a los colegios profesionales, en razón de su finalidad y naturaleza, la versión final de la Constitución aprobada en 1980 eliminó cualquier alternativa que dejara fuera del planteamiento expuesto a los *colegios*. Con ello, se vino a zanjar una prolongada discusión sobre si era posible que a una persona, para realizar un trabajo específico, se le exigiera integrarse a una organización colegial. La tesis última de los constituyentes de 1980 fue de negarle toda injerencia a este tipo de requisitos, y señalar, tal como lo hace con el derecho de sindicación, que la afiliación debe ser siempre voluntaria y que no puede establecerse como prerrequisito de una actividad. Analizando esta norma en su versión original, la doctrina señalaba que este precepto tiene “un carácter absoluto para el legislador, los gobernantes y gobernados, pues a nadie es dado formular excepción a la libertad de asociación y colegiatura voluntaria que consagran sin reserva”³²¹. En este contexto, y según lo reiteró el propio Informe que evacuó la Comisión redactora, se puede advertir que la norma en comento tenía un alcance general, y que la asociación debía concebirse como un derecho, jamás como un hecho. Ese fue el criterio que, tanto la Comisión Ortúzar como el Consejo de Estado, esgrimieron para fundamentar sus preceptos en este punto, pero ambos admitieron, eso sí (y a diferencia de la propuesta efectuada por la Junta de Gobierno), la salvedad de los colegios profesionales debido al carácter y la naturaleza de los mismos.

En consecuencia, la normativa constitucional aprobada en el año 1980 partía de la base que la elección del trabajo u oficio a desarrollar, así como su correspondiente ejercicio, es una facultad esencial de la personalidad humana. Las únicas limitaciones a este derecho eran las causales establecidas en el inciso cuarto del N° 16 del art. 19 de la Constitución: la moral, la seguridad pública, la salubridad pública y el interés nacional declarado por ley³²².

La parte que comentamos del inciso cuarto del N° 16 es un precepto original de la Comisión Ortúzar. No existían en otros ordenamientos constitucionales de nuestro país normas de esta especie. Incluso, la Constitución de 1925 sólo se limitaba a establecer el derecho de sindicación en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, pero no hacía mención a este requisito de afiliación o desafiliación. Fue justamente la realidad jurídica vivida bajo el imperio de esa normativa lo que llevó a la Comisión Ortúzar a establecer la idea que a nadie se le podía sujetar su admisión o mantención en un empleo al hecho de afiliarse o desafiliarse a una organización determinada.

³²¹ Cfr. CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1988, pp. 127 y s.

³²² Cfr. TOVILAR ALAS, Leopoldo: “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991, pp. 1337 y ss.

El origen del referido inciso radica en una indicación efectuada por GUZMAN, en el sentido de limitar las facultades de ciertas entidades gremiales que establecían la afiliación obligatoria del trabajador -a la organización respectiva- como requisito habilitante para efectuar la labor por la que había sido contratado. La idea existente a dicha época, centrada en la concepción del sindicato único y obligatorio, fue cediendo paso ante un criterio más liberal de la afiliación no sólo ante la entidad sindical, sino que frente a cualquier ente en general. De esta manera, los redactores de la garantía estimaron del caso consagrar una regla amplia que amparara la libertad de trabajo, y no dejase al trabajador como sujeto indefenso ante una incorporación obligatoria, en circunstancias que por esencia debía ser voluntaria. No obstante, la propia Comisión redactora eximió a los colegios profesionales de esta regla general, entendiendo que en ellos se conjugaban otros factores que iban más allá del mero ejercicio del derecho de asociación. La redacción de la Comisión Ortúzar era algo más limitada que la norma constitucional que se sometió a plebiscito y admitía, según se ha dicho, la excepción relativa a los colegios profesionales: “No se podrá exigir la afiliación a una organización gremial como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo”. Y a continuación, en un inciso aparte, se establecía que: “La ley determinará las profesiones que requieren título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejecutarlas. La ley podrá exigir la colegiación sólo respecto de las profesiones universitarias”. En este sentido, la versión de estos incisos, tal como lo concibió la Comisión redactora de la Carta Fundamental, se inspiraba en la tesis que la regulación del ejercicio de ciertas actividades (que reciben el nombre de “*profesión*”) se refiere, esencialmente, a la libertad de trabajo y no tanto al derecho de asociación.

El texto, tal cual lo hemos transcrito, no sufrió, salvo en aspectos de forma, modificaciones sustanciales en el Consejo de Estado; pero la Junta de Gobierno varió profundamente algunos pasajes del precepto original. En este orden de cosas, la versión constitucional aprobada en el año 1980 no contempló la mención a la colegiatura respecto de las profesiones universitarias y se presentó en un contexto de mayor amplitud que la que tenía la redacción inicial propuesta por la Comisión Ortúzar. Consecuente con ello, la prohibición de exigir la afiliación obligatoria involucraba tanto a la ley como a una disposición de autoridad, cualquiera fuese el rango que ésta tuviera. Asimismo, el inciso aprobado en el año 1980 no se refirió solamente a una organización gremial sino que a cualquier entidad, sea cual fuere su naturaleza³²³.

³²³ A este respecto, hay que tener presente que el término *entidad*, según la definición de la Real Academia Española, implica, en su cuarta acepción, una “*colectividad considerada como unidad*” (vigésima edición, Madrid 1984, p. 563). De este modo, la norma se hace aplicable a cualquier exigencia de afiliación o desafiliación relativa a “un conjunto de personas reunidas o concertadas para un fin” (al menos esa es la definición del vocablo *colectividad*). Además, y aun cuando gramaticalmente el término *afiliación* podría suponer la incorporación a entes con reconocimiento jurídico, también resultaría aplicable a entidades de hecho. Todo pareciera indicar que los redactores de la Constitución pretendían dar la máxima cobertura

Teniendo presente lo anterior, es útil adentrarse en el estudio que efectuó la Comisión Ortúzar en relación al alcance que tenía el inciso que comentamos. En efecto, al momento de discutirse la garantía relativa al derecho de asociación se consagró un principio general básico: “*nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación*”³²⁴. Este principio, según el criterio que expresaron los miembros de la Comisión redactora, y siguiendo la tesis imperante en el Derecho comparado³²⁵, sólo admitía la excepción relativa a aquellas asociaciones o personas jurídicas que tuvieran el carácter de entidades de derecho público. Sobre el particular, SILVA BASCUÑAN expresó que el hecho de que nadie pueda ser obligado a pertenecer a una asociación “tiene desde la partida una limitación evidente cuando, en un momento dado, en razón de ciertos valores colectivos, una determinada forma de actividad es organizada legalmente y se da un estatuto legal, lógicamente no puede menos de reconocerse que el legislador tiene que intervenir en ese aspecto y, entonces, puede obligar a las personas que desean ejercer esa forma de actividad a incorporarse al cuerpo colectivo al cual se le haya reservado como monopolio ciertas formas de actividad”³²⁶. Lógicamente, la expresión transcrita tenía directa relación con los colegios profesionales.

Por su parte, GUZMAN estimaba que el derecho de asociación se relacionaba con la libertad de asociación y en este principio se encontraba envuelto, también, el hecho que nadie puede ser obligado a pertenecer a una entidad asociativa. No obstante, él mismo manifestó sus reparos con respecto a la forma en que se llegaría a expresar esta norma debido a que por esta vía se lograba impedir el ejercicio de una profesión o actividad³²⁷.

Enfrentada a este grupo de argumentaciones, la Comisión redactora estableció el principio que hemos enunciado, con respecto al derecho de asociación, con la única salvedad relativa a aquellas entidades contrarias a la moral, al orden público y la seguridad nacional³²⁸. En consecuencia, la garantía relativa al derecho de

a este criterio normativo, haciéndolo aplicable a toda organización, independiente de su naturaleza.

³²⁴ Una redacción similar puede consultarse en el art. 25 de la Constitución de Costa Rica: “nadie puede ser obligado a formar parte de asociación alguna”.

³²⁵ Vid. por todos CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis, “La problemática de los colegios profesionales en el Derecho comparado (Francia, Italia, Alemania)”, en MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (coordinador), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid 1996, p. 61: “la libertad de asociación (...) sólo afecta a las asociaciones de naturaleza privada y, por consiguiente, no se consideran comprendidas en él las corporaciones de Derecho público”.

³²⁶ Cfr. ACTAS, cit., sesión N° 127, p. 11.

³²⁷ Vid. ACTAS, cit., sesión N° 127, pp. 13 y 21. Al respecto, OVALLE manifestó que el principio general no podía tener excepciones, pues nadie podría ser obligado a formar parte de una entidad. Distinto era, a su juicio, que para ejercer una actividad se requiera pertenecer al colegio profesional.

³²⁸ Los incisos tercero y cuarto del numeral 15 del art. 19 de la Constitución, señalan expresa-

asociación fue consagrada manteniendo el criterio antes expuesto de que nadie pueda ser obligado a pertenecer a una asociación, salvo los casos contrarios a los tres bienes jurídicos que hemos indicado, y, salvo también, los casos de colegiación obligatoria respecto de las profesiones universitarias.

Complementariamente, el problema de determinar la obligatoriedad de la afiliación a una entidad, a fin de poder desempeñar un trabajo específico, no es sólo un aspecto del derecho de asociación. También lo es, y en gran medida, una variante de la garantía establecida en el art. 19 N° 16 CPR, pues la libertad de trabajo que tiene todo individuo se ve afectada con exigencias vinculadas a la incorporación obligatoria. El problema es verificar si el colegio profesional constituye una mera asociación más, o reúne en ella la calidad de persona de derecho público encargada de preservar intereses generales de la nación que van más allá de los intereses propios de sus asociados.

La Comisión Ortúzar, a diferencia de la propuesta plebiscitada por la Junta de Gobierno, asumió justamente esta última posición, y fue así como en la sesión N° 211 se aceptó la propuesta hecha por GUZMAN, con la sola excepción de los colegios profesionales que se incorporaron en un inciso aparte del proyecto elaborado por la Comisión Constituyente. De esta forma, exceptuando el caso de los colegios, el principio general en orden a que no se podrá exigir la afiliación a una organización gremial como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo tuvo una concepción amplia e incluso aplicable, según se dejó constancia, a otro tipo de organizaciones, como son los sindicatos³²⁹.

Con respecto a los colegios, la Comisión redactora aprobó, en la garantía relativa a la libertad de trabajo, un inciso especial cuyo tenor establecía expresamente que “la ley podrá exigir la colegiación sólo respecto de las profesiones universitarias”. Con esta redacción, los autores del Acta Constitucional N° 3 abrían la puerta para que existiera una legitimación legal de agrupaciones de profesionales que pudiesen velar por el correcto desempeño de sus labores.

mente: “Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación (inciso tercero). Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado (inciso cuarto)”.

³²⁹ Vid. ACTAS, cit., sesión N° 209, p. 4. Tal como lo señaló ORTUZAR, durante la discusión de la garantía relativa al derecho de sindicación, no cabía duda que la agremiación (es decir, la incorporación) a una entidad sindical debía ser enteramente voluntaria, porque “el precepto habla de un derecho y (...) no se concibe un derecho que no sea una facultad y, si lo es, evidentemente que no puede imponerse la obligación de ejercerla” (vid. ACTAS, cit., sesión N° 206, p. 19). Sin perjuicio de lo anotado, hay que tener presente que el texto evacuado por la Comisión Ortúzar sobre el derecho de sindicación no hacía referencia a una afiliación voluntaria. La norma original reconocía este derecho “en los casos y en la forma que señale la ley”. Fue solo en virtud de modificaciones posteriores que se consagró la redacción actualmente vigente: “la afiliación sindical será siempre voluntaria”.

2. La idea jurídica de los colegios profesionales

Desde las respectivas consagraciones legales que les dieron vida jurídica, los colegios profesionales han tenido en nuestro país una enorme importancia y repercusión. Este tipo de entidades a las que durante la vigencia de la Constitución de 1925 se les otorgó una naturaleza jurídica de derecho público, agrupaban, fundamentalmente, a quienes ejercían una profesión para la que se requería un título universitario validado por la autoridad y previo cumplimiento de los requisitos y formalidades que la ley exigía. En ellos se agrupaban todos los que profesaban un “*oficio*” calificado, en que predomina el esfuerzo intelectual, los conocimientos especiales, el reconocimiento del Estado y el servicio a la comunidad en general³³⁰.

A pesar de las opiniones encontradas que el tema suscitó en su momento, es imposible dejar de reconocer la trascendencia jurídica y social que los colegios profesionales tuvieron en la historia de la sociedad contemporánea. En su concepción doctrinaria se conjugan valores y visiones relativas al bien común y al interés general de la población. Los profesionales, agrupados en estas entidades, buscan la preservación de un orden social armónico y duradero, en que la solución de las diversas necesidades de la comunidad pueda alcanzarse mediante el estudio y perfección de conocimientos especializados. En este contexto, los colegios profesionales contaban con la facultad de agrupar obligatoriamente a todos los que ejercían la respectiva profesión; pero la justificación para ello descansaba en la necesidad de velar, por mandato de la ley y de los intereses generales de la nación, por un conjunto de valores que respondían a la noción de bien común. De esta forma, el Estado delegaba en los colegios profesionales su facultad de preservar determinados bienes jurídicos, como la ética profesional, o el servicio y solución a las necesidades del individuo, a objeto que se conservara en cada uno de los profesionales un alto concepto de la misión que les cabía.

En esta perspectiva histórica, los colegios se presentaban ya no como simples agrupaciones civiles o comerciales; tampoco como entidades de buena voluntad. Por el contrario, ellos surgen como verdaderos colaboradores del Estado, a los cuales éste dota de un conjunto de atribuciones que los constituía como personas jurídicas de derecho público³³¹. Como apunta FANLO LORAS, durante buena parte del siglo XIX la idea de personalidad jurídica es atribuible en forma exclusiva al Estado; es éste el que reúne en sí los caracteres que lo identifican plenamente con dicho concepto. No obstante, junto a la personalidad jurídica del Estado como realidad total, se admite la existencia de otras personas jurí-

³³⁰ Cfr. SERRANO L. DE H., Ricardo, *Las profesiones liberales*, Memoria de Prueba, Publicaciones Universidad de Concepción, Concepción 1943, pp. 9 y s.

³³¹ Vid. por todos BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Sindicatos y colegios profesionales”, ACFS N° 22/1982, p. 93: “Tal es la corporación de Derecho público, que se coloca al servicio de un interés objetivo y que sólo se legitima en cuanto sirve dicho interés, que es superior y distinto al de cada uno de los individuos encuadrados obligatoriamente”.

dicas públicas que se apartan de la mera idea de las asociaciones privadas para integrarse dentro del Derecho Público³³².

Se criticó durante la vigencia de la Constitución de 1925 —crítica que en cierta medida subsiste hasta hoy— que los colegios constituyeron un monopolio de la actividad profesional, en que la libertad de trabajo del individuo se vio seriamente comprometida. Eso, en parte, es cierto si se analiza a los colegios profesionales como meros instrumentos del derecho de asociación. Pero la justificación de que los *colegios* son algo más que simples asociaciones, y que en ellos se conjugan facultades públicas de reglamentación del ejercicio del trabajo, hace que el tema discorra sobre aristas distintas. Si efectivamente los *colegios* constituyen organizaciones que colaboran con el Estado en la búsqueda del bien común, su consagración y regulación se hace imprescindible.

2.1. Delimitación conceptual: las diferencias entre derecho de asociación, sindicatos y colegios profesionales

La explicación jurídica de los colegios profesionales debe partir separando conceptualmente figuras que, en apariencia, pueden tacharse de similares. Eso ocurre con la tríada *derecho de asociación, sindicatos y colegios*.

La primera distinción se centra entre el derecho de asociación y el sindicato. Las organizaciones sindicales constituyen, como idea inicial, una genuina expresión del derecho de asociación en el ámbito laboral. No obstante, a pesar de los vaivenes históricos que sufrió esta figura, los diversos ordenamientos jurídicos a nivel universal fueron sustrayendo al derecho de sindicación del régimen general que para el derecho de asociación establecían las constituciones modernas, aceptándose en nuestros días como una garantía referida específicamente al ámbito laboral.

La Constitución Política de 1980 siguió este criterio y estatuyó una norma, consagrada en el art. 19 N° 19 mediante el cual se reconocía el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. De esta manera se deja claramente establecido que el derecho de sindicación constituye una garantía especial y específica, que no se explica por el mero ejercicio de la asociación. Paralelamente, se consagró el art. 19 N° 15, según el cual se aseguraba a todas las personas: “el derecho de asociarse sin permiso previo. Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley. Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación. Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado”.

³³² Cfr. FANLO LORAS, Antonio, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Civitas, Madrid 1992, p. 17, nota 4.

Como se puede apreciar, la distinción entre ambas figuras es evidente. En primer término, la Constitución chilena entiende la asociación como un derecho del individuo y no como un deber. El principio general que fundamenta esta garantía se trasunta en el criterio de que por motivo alguno una persona puede compulsivamente integrar una asociación. De esta manera, aun cuando el Código Político no lo diga expresamente, el derecho de asociación implica una suerte de *libertad de asociación*, una concepción que determina, a fin de cuentas, que el individuo ingresa a una entidad sólo a requerimiento de su propia voluntad y no por presiones del Estado o de terceros³³³. Lo anterior se confirma no sólo por la redacción inicial que utiliza el precepto (“*el derecho de asociarse*”), sino, también, porque consagra una idea fundamental en materia de asociación en el sentido de que nadie puede ser obligado a formar parte de una organización en contra de su voluntad.

Conjuntamente con lo anterior, la Constitución de 1980 destaca, también, en forma negativa este derecho de asociación. Esto conlleva una repercusión práctica que se puede observar en el propio texto: por un lado, se faculta a la persona para integrar cualquier asociación o, del mismo modo, la posibilidad de no pertenecer a ninguna; y por otra parte, la formulación constitucional permite que el individuo escoja libremente entre los diversos tipos de organizaciones que pudieran existir, de forma tal que nadie pueda ser obligado a pertenecer a una entidad determinada. De esta manera, el derecho de asociación reconocido constitucionalmente le otorga a la persona la facultad de permanecer o retirarse de la organización, pudiendo afiliarse o desafilarse de ella, o disolverlas si lo estima necesario.

De forma paralela a lo ya dicho, el derecho de asociación puede ser analizado, además, desde una óptica positiva en el entendido que todo individuo está facultado para crear organizaciones, a fin de participar en ellas y con la sola limitación de que éstas persigan fines lícitos. Lo cierto es que a los redactores de la Constitución les interesó estimular la formación de nuevas organizaciones, sin poner mayores

³³³ Sobre el particular vid. el fallo del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 7 de marzo de 1994, que se pronuncia sobre el proyecto de ley que modifica las leyes de mercado de valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguro, y otras materias que indica. En dicha sentencia se establece claramente que la facultad de asociación evidencia una doble vertiente en la cual destaca la libertad de asociación: “la libertad consiste precisamente en el poder de autodeterminarse en cuanto pertenecer o no, crear o no, una sociedad, asociación o grupo corporativo específico, vale decir, no ser coaccionado a integrarse a un determinado ente societario, acoger o no, libremente, como miembro a un determinado sujeto que desee integrarse a él, en fin, retirarse o no de ese grupo o cuerpo asociativo libremente” (considerando séptimo, letra c. Causa Rol N° 184, se puede consultar en www.tribunalconstitucional.cl). En el plano doctrinal vid. CEA EGAÑA, *Derecho*, cit., pp. 406 y ss.; y VIVANCO MARTINEZ, cit., pp. 400 y ss. Vid. también y a mayor abundamiento RIOS ALVAREZ, Lautaro, “Asociaciones intermedias, Estado y Bien Común”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, pp. 39 y ss.; y ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, pp. 101 y ss.

límites salvo aquellos relacionados con la licitud de sus finalidades. Un ejemplo de este criterio se puede observar en la amplitud de la garantía expresada en el art. 19 N° 15 CPR, ya que no es necesaria la aprobación del poder público para ejercer el derecho; ese es el alcance, al menos, de la expresión “sin permiso previo”. Igual tesis se observa en la diferencia que establece la ley entre el ejercicio del derecho de asociación y la obtención de la personalidad jurídica; o, en fin, en la protección que efectúa el Estado a los cuerpos intermedios, de conformidad con lo preceptuado en el art. 1° de la Constitución. De esta manera, las asociaciones tienen la libertad suficiente para organizarse del modo más conveniente según lo dispongan sus normas internas, autodeterminándose en su administración, fines y objetivos, “y sin injerencia de personas o autoridades ajenas a la asociación, entidad o grupo de que se trate”³³⁴.

El derecho de asociación permite explicar, inicialmente, la existencia de agrupaciones constituidas para la defensa de sus intereses. Pero ese mero reconocimiento habría sido insuficiente, la verdad, para explicar otros fenómenos que, siendo asociativos, encuentran su fundamento en otros órdenes normativos. Así ocurre, por ejemplo, con la figura del sindicato. Su fundamento jurídico inicial se encuentra en la facultad que tienen los trabajadores para asociarse con otros en el ámbito de sus actividades laborales. Y dicha asociación refleja un vínculo permanente entre varias personas que persiguen un fin similar. Por ello, la colectividad de trabajadores responde a una agrupación de ellos que se desempeña dentro de una esfera de trabajo conjunto. En este sentido, la solución de las necesidades humanas del hombre, en cuanto sujeto del trabajo, constituye la tarea central de la organización sindical, la cual adquiere conciencia de ellas y de su satisfacción por medio de una acción conjunta que produzca una solución común. En síntesis, los sindicatos no se explican cabalmente por el mero ejercicio del derecho de asociación, aunque lo presuponen. Si bien existe entre ellos una relación de género a especie, en la práctica el sindicato adquiere una finalidad básicamente laboral o profesional, vinculándose más al derecho de los grupos³³⁵.

Las consideraciones expuestas sirven para fundar otra distinción: las organizaciones sindicales no pueden ser asimiladas a la figura de los colegios profesionales³³⁶. Estos últimos fueron concebidos, al menos en sus orígenes, como

³³⁴ Vid. sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de fecha 7 de marzo de 1994, sobre proyecto de ley que modifica las leyes de Mercado de Valores, Administración de Fondos Mutuos, de Fondos de Inversión, de Fondos de Pensiones, de Compañías de Seguros, y otras materias que indica. Causa Rol N° 184, en www.tribunalconstitucional.cl.

³³⁵ Vid. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 126.

³³⁶ Cfr. SAINZ MORENO, Fernando, “Colegios profesionales”, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, T. III, Edersa, Madrid 1983, p. 558. Vid. también BORRAJO DACRUZ, “Sindicatos”, cit., pp. 93 y s.: “hay que decir que los colegios profesionales, si bien son de base material asociativa, no son asociaciones en sentido técnico-jurídico: éstas presuponen necesariamente la voluntariedad en el asociado”; y RIOS ALVAREZ, Lautaro, “Los colegios profesionales”, *XXVI Jornadas de Derecho Público*, T. 2, Facultad

personas jurídicas de derecho público que se erigían como colaboradores de la Administración del Estado en la búsqueda del bien común. Por el contrario, los sindicatos se constituyen como organizaciones de derecho privado, que hacen prevalecer el interés común, dentro del ámbito que les compete, e insertos en el marco de las relaciones laborales. Sin duda que ambos *institutos* siguieron caminos diversos³³⁷. Unos, se enfocaron en el radio de la reivindicación social, con un reconocimiento de derechos básicos vinculados a la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia. En cambio, los *colegios* se estructuraron como entes capaces de preservar valores esenciales del ordenamiento jurídico, y a los cuales la ley ha dotado de una serie de atribuciones con el objeto que, precisamente, salvaguarden dichos valores³³⁸.

Por otra parte, los *colegios* tienen una raíz distinta. Lógicamente que ambas instituciones se sustentan en un criterio universal de asociación; no obstante, los colegios surgen en pleno siglo XX en la convicción que son llamados a tutelar bienes jurídicos que le interesan a toda la sociedad. Por tanto, no es posible asimilar ambos conceptos a un nacimiento común, ni siquiera histórico³³⁹. La asociación

de Derecho, Universidad de Chile, RDP N° 59 (1996), pp. 193 y s.: “En la doctrina italiana, Piscione concuerda con la naturaleza jurídico pública de los colegios que los diferencia de los sindicatos, de carácter jurídico privado (...) En Francia existe consenso en considerarlos como Corporaciones de derecho público con claras potestades de este carácter”.

³³⁷ Vid. GARCIA MURCIA, Joaquín, “Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional”, REDC N° 31 (1991), p. 153: “En principio podría decirse que su creación responde a diferentes impulsos, que utilizan distintos criterios en su conformación interna y en la delimitación de su radio de acción y de sus funciones, y que constituyen, en fin, formas organizativas distintas y separadas”. Y agrega en p. 154: “el sindicato se ha configurado como asociación de naturaleza privada, mientras que el colegio profesional, pese a contar con aquella base privada, suele aparecer investido de naturaleza oficial o semipública”.

³³⁸ En nuestro ordenamiento, las diferencias recién anotadas también fueron asimiladas por los redactores originarios de la Carta Fundamental. Por ejemplo, SILVA BASCUÑAN expuso que, a su juicio, sindicatos y colegios profesionales obedecen a conceptos eminentemente distintos: “mientras los sindicatos están naturalmente hechizados en el perfeccionamiento de sus respectivos miembros, y ese debe ser el acento dentro de la actividad en que se genera la asociación, en los colegios profesionales hay primero un valor social, una actividad social que está considerada como relevante en la colectividad, y quienes están llamados a actuar en ese tipo relevante de actividad social deben perseguir en forma preferente el bien colectivo que está llamado a producir la actividad y no primordialmente el provecho individual que, naturalmente, en forma secundaria, debe también obtenerse de esa forma de actividad” (vid. ACTAS, cit., sesión N° 206, p. 18). Y dicho criterio lo vuelve a reiterar en ACTAS, cit., sesión N° 208, p. 10, cuando expresa textualmente que: “se distingue el sindicato del colegio profesional, en que, no obstante basarse ambos en el trabajo de la persona como fuente de financiamiento, el acento en cada uno es distinto. El del sindicato está en el reconocimiento de la legitimidad del interés comprometido en la actividad, mientras que el acento del colegio profesional se halla puesto en la trascendencia del valor comprometido en esta actividad”.

³³⁹ Sobre los conflictos de competencias que surgían de los sindicatos de profesionales libres, y los colegios profesionales vid. BORRAJO DACRUZ, “Sindicatos”, cit., pp. 71 y ss. Vid. también FANLO LORAS, Antonio, “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza jurídica

sindical surge paralelamente con la historia del movimiento obrero y es justamente una respuesta a una problemática social muy distinta a la que origina la aparición de los colegios profesionales³⁴⁰.

Asimismo, la reacción del Estado frente a estas dos organizaciones no puede considerarse similar. Ciertamente la abolición del derecho de asociación durante el siglo XVIII y XIX afectó por igual a todas las entidades existentes a la época. Pero fueron justamente las organizaciones sindicales las que se vieron más perjudicadas con una política de persecución y prohibiciones. Hay que recordar que los sindicatos aparecen en el marco de la sociedad industrial en las que el poder social y económico de los empresarios tenía un reconocimiento legal amplio y sin reservas. En ese contexto, el sindicato se levanta como una manera de compensar dicho poder produciendo, en forma conjunta con aquél, normas jurídico-laborales que pasan a denominarse contratos o convenios colectivos. Sin embargo, lo que primeramente se presentó como una oposición general a cualquiera manifestación asociativa, sea cual fuese su naturaleza u origen, fue cediendo después a una persecución discriminatoria que afectó principalmente a las organizaciones sindicales. En esta perspectiva histórica, las leyes prohibitivas del asociamiento eran aplicadas por los Tribunales cuando se trataba de enjuiciar las acciones obreras; pero cuando ellas se manifestaban en asociaciones empresariales, existía una especie de autorización de hecho. Contrariamente a lo que se pueda sostener, la suerte de las organizaciones profesionales fue totalmente diversa debido a que su nacimiento como tales se verifica en una concepción del Estado social o benefactor, en que a la autoridad pública le interesa fomentar este tipo de agrupaciones y a las cuales se les dotó de un conjunto de atribuciones por expresa disposición del poder estatal.

De igual modo, la relación jurídica con el Estado también ha sido diversa según se trate de organizaciones sindicales o colegios. Los primeros obedecen a una concepción fundamentalmente de derecho privado, en que velan por la defensa de intereses comunes, pero dentro de la respectiva actividad u oficio³⁴¹.

y fines. La autonomía colegial”, en MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (coordinador), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid 1996, p. 67.

³⁴⁰ Cfr. GIUNI, Gino, *Derecho Sindical*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1983, p. 23. Cfr. también GARCIA MURCIA, “Derecho de sindicación”, cit., p. 155.

³⁴¹ Con todo, en el derecho comparado han existido algunas manifestaciones de organizaciones sindicales de derecho público que, estructurados jerárquicamente, dependían del Estado. Por ejemplo, en Francia los sindicatos cuentan con atribuciones de este tipo, las cuales les permiten participar, con carácter consultivo, en el Consejo Económico y Social o en el Consejo de la Seguridad Social. Asimismo, en dicho país, se encuentran dotados de facultades de gestión que los admite en la designación de los gerentes de las respectivas cajas de la seguridad social. Cfr. por todos RIVERO y SAVATIER, cit., p. 195. De igual forma, históricamente, es posible advertir algunos casos de sindicatos cuya naturaleza jurídica corresponde al derecho público, los cuales se presentaban como entes absorbidos por el Estado. Esa fue la situación de los movimientos corporativistas en Italia, anteriores a la Segunda Guerra Mundial, o los

Por el contrario, los colegios profesionales se establecen en la creencia de que son colaboradores del Estado, verdaderos servicios públicos en su versión tradicional, cuya misión es la preservación de valores que interesan a la nación toda, y promotores del bien común³⁴².

En síntesis, asociación, sindicatos y colegios profesionales presentan una serie de diferencias que obligan a separar estas figuras desde el punto de vista de su explicación jurídica³⁴³. El derecho de asociación se establece constitucionalmente como una garantía amplia que satisface todo interés por integrarse a organizaciones de distinto tipo. El sindicato es una asociación específica del ámbito laboral, cuya finalidad es la reivindicación de los intereses de los trabajadores, y que agrupa por lo general a personas que realizan un tipo de trabajo bajo subordinación o dependencia. Los *colegios*, por último, en su versión tradicional, se vinculan más con la libertad de trabajo que con el derecho de asociación³⁴⁴. La base de unión es la misma profesión, y su reglamentación se conecta con el ejercicio de derechos fundamentales que al Estado le interesa preservar.

2.2. Naturaleza y características de los colegios profesionales en su concepción tradicional

2.2.1. Antecedentes generales

Antes de la dictación del Decreto Ley N° 3.621, de febrero de 1981, el ordenamiento jurídico chileno consideraba a los colegios profesionales como

sindicatos soviéticos de la época comunista. Fenómenos similares existieron, durante diversos períodos, en países como España y Brasil. Sobre el particular vid. BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *Europa y las profesiones liberales*, Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá, Madrid 1989, pp. 31 y s.; y FANLO LORAS, “Encuadre histórico”, cit., p. 70.

³⁴² Cfr. RIOS ALVAREZ, Lautaro, “Las Asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, pp. 141 y ss. Vid. también CALVO GALLEGU, Francisco Javier y DE SOTO RIOJA, Sebastián, “Los colegios profesionales como asociaciones empresariales”, AL N° 20 (1998), pp. 421 y ss.

³⁴³ Vid. por todos SILVA BASCUÑAN, Alejandro, “¿Deben suprimirse los colegios profesionales?”, RJT N° 6-7 (1980), p. 47: “Sostenemos que los objetivos de los colegios profesionales sólo pueden cumplirse por estos organismos y no por sindicatos ni por agrupaciones gremiales”.

³⁴⁴ Vid. RIOS ALVAREZ, “Las Asociaciones, el derecho de asociación”, cit., pp. 146 y s.: “Esta afirmación trae como consecuencia que existe también otro tipo de entidades cuyo origen no radica en la libertad asociativa y cuya naturaleza tampoco congenia con ella. Provisoriamente hemos denominado a estas entidades ‘asociaciones necesarias’, por la simple constatación de que constituyen organizaciones no contingentes, que no son fruto del capricho o la espontaneidad sino que responden a necesidades o requerimientos esenciales (...) para el desarrollo de ciertos grupos en función del progreso social”.

personas jurídicas de derecho público, que actuaban como colaboradores de la Administración del Estado en el cumplimiento de los fines públicos que la ley les otorgaba en el ejercicio de sus atribuciones y finalidades. Estas últimas se vinculaban con el desempeño de una actividad de naturaleza pública que importaba el cumplimiento de una misión de bien común y la representación de los intereses generales de la profesión ante los poderes y autoridades del Estado. En la concepción de los *colegios* como personas jurídicas de derecho público, el Estado les confiaba a éstos la realización de determinados fines que a pesar de poder cumplirlos el mismo, prefería, por ser más económico o eficaz, cumplirlo a través del aparato orgánico de estas entidades, transfiriéndoles competencia para el cumplimiento de las funciones públicas³⁴⁵. De esta manera, la creación de un colegio profesional con estas características se efectuaba por ley, y no era el resultado de una decisión libre de sus componentes o del mero ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En este contexto, tradicionalmente, al menos para un importante sector de la doctrina, los colegios profesionales gozaban de personificación pública, y se relacionaban con la administración estatal, no como órganos de la misma, sino como entes que contaban con prerrogativas de poder público. Es decir, no eran orgánicamente parte de ella sino que funcionalmente. De esta forma, existía una suerte de aceptación general en el sentido que los colegios constituían, al menos durante la vigencia de la Constitución de 1925, “corporaciones o personas jurídicas de derecho público”³⁴⁶ y que su creación había sido supeditada a la ley de conformidad con la facultad que la Carta Fundamental otorgaba al legislador para limitar determinados trabajos en razón del interés nacional (art. 10 N° 14 de la Constitución de 1925).

No obstante este criterio, la doctrina debatía el tema de la naturaleza jurídica a fin de determinar cuál era realmente el vínculo que estas entidades tenían con la administración del Estado y si efectivamente respondían a la calidad de persona jurídica de derecho público o privado. Sobre el particular, DANIEL ARGANDOÑA ha sostenido que, desde la óptica de la legislación anterior al año 1981, los colegios profesionales debían ser considerados como organizaciones reguladas por un régimen de derecho privado, en lo que toca a su funcionamiento interno, y por un régimen de derecho público, en lo que respecta al ejercicio de los poderes especialmente “para cumplir su misión de bien común que el legislador les ha señalado, en vista de la cual se les ha otorgado la personificación pública”³⁴⁷. El raciocinio anterior debe llevar a manifestar, en consecuencia, que los colegios se configuraban, al menos en el Derecho nacional, como creaciones del Estado,

³⁴⁵ Cfr. FANLO LORAS, *El debate*, cit., pp. 75 y s. Vid. también MARTINEZ LOPEZ-MUÑÍZ, J. L., “Naturaleza de las corporaciones públicas profesionales (sentencia de 12 de abril de 1983, Sala 3.ª del Tribunal Supremo, Aranzadi número 1923)”, REDA N° 39 (1983).

³⁴⁶ Vid. DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, “Algunas consideraciones sobre los colegios profesionales”, RDP N° 27 (1980), p. 179.

³⁴⁷ Vid. DANIEL ARGANDOÑA, cit., p. 183.

toda vez que se establecían por ley. Ello les permitió ejercer potestades públicas, tener un fin público y un régimen jurídico especial³⁴⁸. Por su parte, SILVA CIMMA estimó que estas organizaciones actuaban como corporaciones públicas paralelas al Estado, en virtud de una delegación de funciones efectuadas por este último. A lo anterior, el propio autor citaba ejemplos de doctrina comparada en que los colegios profesionales se alzaban como personas de derecho público, de tipo corporativo, resultantes de una sociedad de personas más que de bienes³⁴⁹.

De este modo, los colegios profesionales, por lo menos en la antigua organización legal chilena, participaban como colaboradores de la administración estatal, pero no eran entes que le pertenecieran; ejecutaban actos administrativos que se sometían a los recursos pertinentes y gozaban de poder o autoridad pública. Además, los *colegios* no formaban parte de la Administración del Estado, ya fuere centralizada o descentralizada, toda vez que, en el primero de los aspectos, su estructura no reconocía subordinación jerárquica a la autoridad del Presidente de la República. En lo referido a la administración descentralizada, los *colegios* no se veían afectados por ella ni tampoco les era aplicable, pues no estaban sujetos a tutela o supervigilancia del poder central³⁵⁰.

En lo relativo a la calidad de servicio público, la doctrina nacional estimaba que los colegios profesionales no tenían dicho carácter, al menos en la concepción funcional del servicio. En este sentido, se configuraban en la comparación de ambas instituciones elementos esenciales que hacían notoria su diferencia³⁵¹. Si bien los colegios presentaban características notables en cuanto a la fiscalización profesional, monopolio en el ejercicio de la actividad, y el uso de atribuciones jurisdiccionales y de policía, el carácter orgánico del servicio público nacional hacía inviable concluir que éstos tuviesen la calidad de tales³⁵². En esta dirección, y a pesar que estas organizaciones aglutinaban a los profesionales en forma obligatoria, por mandato de la propia ley, no era dable discurrir sobre la base que se trataba de funcionarios que ingresaban a un ente estatal en forma voluntaria, percibiendo una remuneración por ejecutar las labores que la ley les indicaba. Es cierto que los *colegios* estaban concebidos para satisfacer una necesidad pública, pero no a través de una prestación al usuario o a la comunidad, sino indirectamente, para el mejoramiento y corrección de la actuación de los profesionales en el ejercicio de su actividad, cosa que indudablemente le interesaba al Estado.

³⁴⁸ Cfr. RIOS ALVAREZ, Lautaro, “Inconstitucionalidad de la disolución de los colegios”, GJ N° 186 (1995), p. 7.

³⁴⁹ Vid. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, 2ª edición, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969, p. 388.

³⁵⁰ Cfr. DANIEL ARGANDOÑA, cit., p. 183.

³⁵¹ Vid. SILVA CIMMA, cit., T. II, p. 388; y DANIEL ARGANDOÑA, cit., p. 181. Cfr. además FANLO LORAS, *El debate*, cit., pp. 43 y ss.; y CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, cit., p. 22.

³⁵² Cfr. SILVA CIMMA, cit., T. II, p. 390.

En síntesis, con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 3.621, de 1981, los colegios profesionales se configuraron como verdaderas corporaciones (que se reunían en torno a personas y no bienes) de carácter público, que colaboraban con el Estado e incluso llegaban a atender necesidades que afectaban a toda la sociedad, pero que no alcanzaban a revestir la categoría de servicios públicos tal como lo concebía la estructura jurídica chilena.

2.2.2. Características de los colegios profesionales en su concepción tradicional

Durante la vigencia de la Carta de 1925, los colegios profesionales presentaron un conjunto de características esenciales en cuanto a su origen y funcionamiento, cuestión que los hacía desenvolverse en un marco de aplicación sumamente amplio en cuanto a la incorporación obligatoria y a la fiscalización de los asociados. Veamos algunas de ellas:

a) La profesión como elemento esencial del colegiado

Naturalmente, si uno de los objetivos de estas organizaciones era la defensa de los intereses de sus miembros en cuanto ejercen una profesión determinada, resulta lógico que se les haya exigido como requisito para ingresar y permanecer en ellas un título profesional³⁵³.

En este sentido, la profesión, entendida conceptualmente como la facultad, empleo u oficio que reúna las características necesarias para ser considerada tal, debía ser determinada por la propia ley, la que le otorgaba al titular el carácter y capacidad para integrar el colegio profesional. En consecuencia, la norma jurídica era la encargada de organizar, determinar y destinar al titular de la profesión en su integración en el *colegio* respectivo, a fin que éste se abocase al cuidado y tuición de valores esenciales que le ha conferido justamente el Estado. En esta perspectiva, los colegios efectuaban actos destinados a la protección de la profesión, tanto en su aspecto social como económico, a fin de permitir un mejor desarrollo de sus asociados en el ejercicio de la actividad.

El término *profesión* al cual nos referimos en este acápite se vincula estrechamente con aquella actividad ejercida en virtud de un título que pasaba a constituir un testimonio de confianza de la colectividad “en el sentido de que la persona tiene las cualidades de conocimiento, competencia y experiencia que la hacen apta para desarrollar una actividad”³⁵⁴. Lógicamente, era la ley la que

³⁵³ Sobre la exigencia de título profesional para ejercer determinadas actividades vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 3 de noviembre de 1984, RJD T. LXXXI (1984), sección quinta, p. 249.

³⁵⁴ Vid. ACTAS, cit., sesión N° 211, p. 18. En el plano doctrinal vid. también LOPEZ JACOISTE, José Javier, “La profesión, condición civil de la persona”, ADC T. LII, Fasc. III (1999), p. 935.

determinaba, en definitiva, qué profesiones requerían de título y, por tanto, podían aspirar a formar parte de un colegio de la orden.

Con todo, no resulta lo mismo hablar de *profesión*, en los términos que lo planteamos en este acápite, que utilizar el vocablo en forma general tal como lo hace el resto del ordenamiento jurídico chileno. Hay ocasiones en que la terminología legal se refiere a las profesiones como todo oficio, actividad, facultad o empleo que desempeña una persona como medio habitual de subsistencia. Esto es lo que suele denominarse como “*profesión habitual*”, aplicable tanto a un comerciante, como a un arquitecto, o agricultor³⁵⁵. Este último vocablo, y así lo recalcó la jurisprudencia en su momento, no podía ser visto como un concepto jurídico técnico que pueda ser utilizado como elemento diferenciador para la incorporación a un *colegio*. De acuerdo con las reglas comunes del idioma, la profesión habitual debería entenderse referida más bien al empleo u oficio que se sirve o ejerce con continuación o por hábito, siendo el “*hábito*” la costumbre adquirida por la repetición de un acto³⁵⁶. De esta manera, se entendían incorporadas en la categoría de profesiones habituales todas aquellas actividades que son desarrolladas por los individuos en cumplimiento de las garantías constitucionales³⁵⁷.

En el caso que nos ocupa, la calidad de profesional exigida para integrar un colegio no se refería tanto a la mera realización de una actividad económica o a la ejecución de un *hábito*. Por el contrario, más que la exigencia de desarrollar

³⁵⁵ Cfr. ERRAZURIZ O., Alfonso, *Las profesiones en el Derecho Penal*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile 1981.

³⁵⁶ Vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA de 16 de junio de 1945, considerando segundo, en CAFFARENA DE JILES, Elena, *Diccionario de Jurisprudencia Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1959, p. 269. Vid. también LOPEZ JACOISTE, cit., p. 922: “Si se me pidiera una definición de la profesión, probablemente habría de decir que es *ocupación vital socialmente determinante*. Es, por lo pronto, ocupación habitual; dedicación al ejercicio o creación de ciertos valores, en sentido profundo, dotado incluso de mayor amplitud y panorama que el estricto trabajo, pues potencialmente incluye actividades y actitudes que rebasan el cometido laboral”.

³⁵⁷ De acuerdo a la clasificación efectuada por VILLAR PALASI, la profesión puede ser entendida desde una triple óptica: en primer término, como un concepto académico, en que se entiende por profesión aquella que ha obtenido un determinado título universitario; en segundo lugar, la profesión puede ser concebida como una actividad económica, sometida a la reglamentación laboral, mercantil, fiscal, etc.; y, por último, puede ser entendida como una actividad susceptible de intervención administrativa, sea a través de una fiscalización directa de la Administración o por intermedio de un colegio profesional. Para efectos de este estudio, cabe tener presente que el elemento exigido para formar parte de un *colegio* decía relación fundamentalmente con el primer y con el tercer aspecto, ya que no toda actividad, por el hecho de ameritar la denominación de *profesión*, era suficiente para integrar una entidad de esta especie. Vid. VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, “La libertad constitucional del ejercicio profesional”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991, pp. 1380 y s.

una actividad de carácter lucrativo, lo que distinguía la pertenencia al *colegio* era el hecho de estar en posesión de un título académico o universitario. Ciertamente que la sola aprobación de la educación superior no bastaba para catalogar al conocimiento adquirido con calidad de “*profesión*” desde la óptica colegial. Lo distintivo del profesional, para estos efectos, es que en él se reúnen un conjunto de características que le permiten realizar una actividad sumamente calificada y cuyo actuar repercute en el orden general que tiene la sociedad, permitiéndole resguardar valores esenciales para la comunidad.

Entre estas características esenciales, se destacan las siguientes: a) la actividad que da origen a la profesión es vital para asegurar la vida y el bienestar social; b) la profesión pone énfasis en el servicio rendido; c) requiere de un largo período de estudios especializados; d) el profesional tiene derecho exclusivo para ofrecer sus servicios en la esfera correspondiente, y e) son autónomas y tienen una cultura propia, con valores, símbolos y lenguajes característicos³⁵⁸.

De esta forma, el profesional cuenta con una capacidad para resolver problemas concretos de los individuos en atención a la alta especialización que tiene. Eso convierte al profesional en una persona valiosísima para el ente social, pues colabora con el Estado en la búsqueda del bien común. El profesional resuelve aspectos relacionados con la justicia, la salud, la educación, la vivienda, etc., lo que implica una gran responsabilidad en los que ejercen este conocimiento especializado. Por ello le interesa al Estado regular y reglamentar el adecuado ejercicio de estas actividades, pues su importancia en la comunidad es de tal magnitud que no basta con un mero ejercicio de la profesión sin sujeción a valores y reglas preponderantes. Hay que tener presente que el beneficiario del servicio profesional desconoce la manera de solucionar su dificultad, y las repercusiones que ello trae consigo. Por eso, se encuentra en una situación de confianza plena en relación a aquel que sí cuenta con los conocimientos que le permitirán conservar, en parte, los derechos y dignidades que emanan de su calidad de persona. Como señala la doctrina, “aquí no se compra ni un artículo terminado ni un servicio cuyo producto final esté claramente definido: se compra calidad del servicio —que el consumidor lego no está capacitado para evaluar—, independientemente del resultado final”³⁵⁹. En esa dinámica, el beneficiario del servicio profesional deposita la confianza en una persona que, reconocida por el propio Estado, tiene los conocimientos necesarios para solucionarle dificultades de tal gravedad que repercuten en aspectos esenciales de su vida³⁶⁰.

En consecuencia, no es cualquier actividad o estudio el que tiene el carácter de profesión para efectos de un colegio profesional. Es aquella que reviste una

³⁵⁸ Cfr. GYAMARTI, Gabriel y otros, *Las profesiones: dilemas del conocimiento y del poder*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1984, pp. 38 y ss.

³⁵⁹ Vid. GYAMARTI, cit., p. 198.

³⁶⁰ Cfr. LOPEZ JACOISTE, cit., p. 925.

importancia tal, que la comunidad le señala al beneficiario que aquél está en condiciones de asesorarla en la solución de dificultades relacionadas con su salud, su dignidad, sus derechos, su educación, etc.³⁶¹. La profesión pasa a tener una relevancia mayor, pues ayuda y colabora con el Estado en el desenvolvimiento de la vida de los individuos, a fin de mantener una estructura de solución de los diversos conflictos acordes con los principios generales que la propia sociedad se ha otorgado. Allí es donde radica la importancia de las respectivas disciplinas. Ellas no se desenvuelven en una especie de “*campo de nadie*”, sino que contribuyen a la preservación de valores de mayor grado. Es como si la profesión que amerita la constitución de un *colegio* estuviera formada por una especie de ciencia propia o actividad especializada, que requiere, para su asimilación, el aprender conocimientos relevantes impartidos por instituciones capacitadas y autorizadas ante la sociedad. Así, la profesión surge como una disciplina que sólo puede ser estudiada en recintos de educación superior, y allí los profesionales adquieren las habilidades y conocimientos más relevantes que les permiten desempeñarse como verdaderos exponentes de una función que afecta a toda la sociedad³⁶².

De esta manera, para el establecimiento de un *colegio* la profesión adquiere importancia desde dos perspectivas muy distintivas: en primer término, porque la persona está debidamente preparada; y en segundo lugar, porque satisface los requisitos de habilitación que la sociedad considera indispensables para confiarle a una persona el destino de valores esenciales para la comunidad³⁶³.

b) El colegio reglamenta el ejercicio de la profesión. Potestad reglamentaria

Como se recalcó en la letra anterior, si bien es la profesión uno de los elementos determinantes para la configuración de un colegio, ésta debe reunir en sí caracteres suficientes que ameriten, por parte del Estado, una regulación especial

³⁶¹ Vid. SILVA BASCUÑAN, “¿Deben suprimirse”, cit., p. 46: “Existen, en efecto, valores humanos de máxima jerarquía que la sociedad debe preservar y fortalecer con extremo cuidado, como son, por ejemplo, los relativos a la salud, al impacto de la justicia, a la seguridad de las obras de ingeniería, etc.”.

³⁶² Cfr. GANDOLFO G., Pedro, “¿Licencia para informar?”, Puntos de Referencia Centro de Estudios Públicos N° 124 (1993).

³⁶³ Cfr. ACTAS, cit., sesión N° 208, p. 10. Vid. también LOPEZ RAMON, Fernando, “Reflexiones sobre la libertad profesional”, Revista de Administración Pública N° 100 (1983), p. 663: “El interés protegido con la libertad profesional es el interés de los ciudadanos por desarrollar sus capacidades, aplicar sus aptitudes y enriquecer en suma su personalidad a través del trabajo. Ahora bien, tales intereses no son ilimitados, como he dicho, dado que se desenvuelven dentro de un orden social. Es un rasgo típico de toda profesión el que se desarrolle en la esfera profesional, por lo que necesariamente el ejercicio de toda profesión entraña una responsabilidad por los actos realizados hacia el exterior”.

en su ejercicio. Por tanto, no es cualquiera profesión u oficio lo que habilitaba a la formación de un *colegio* (al menos durante la vigencia de la Carta de 1925), sino aquella que supone una especial aptitud y profunda ciencia, o que bien recae sobre bienes superiores para la vida humana. Como lo destaca la doctrina, comentando la Constitución de 1925, “en principio todas las profesiones pueden desempeñarse libremente, pero es concebible que, por razones de interés nacional, que la ley declare, se exijan determinadas condiciones o requisitos para el desempeño de ciertas profesiones”³⁶⁴.

En virtud de lo anterior, el ordenamiento jurídico chileno consideró necesario conferirle a una organización profesional la salvaguarda de valores que el propio Estado estimaba esenciales para la búsqueda del bien común. El Estado necesitaba que todas las profesiones se mantuvieran en un nivel de eficiencia, decoro y prestigio que justificara las grandes inversiones en el mantenimiento de la enseñanza superior que formaba a los profesionales, contribuyendo de esa manera “al prestigio de él mismo, como ente superior que resulta de la agregación sistemática de todas sus instituciones”³⁶⁵. Para ello, los colegios, en su concepción tradicional, contaron con una potestad reglamentaria que les permitió regular la actividad profesional de sus miembros.

Una expresión manifiesta de esta facultad se expresaba en los Códigos de Ética emanados de cada una de estas entidades, en los aranceles que regulaban los honorarios profesionales; o, también, en los acuerdos y recomendaciones aplicables a los integrantes de la organización, así como en sus estatutos. En todos estos casos, la potestad reglamentaria se expresaba mediante *actos de poder* dotados de eficacia y validez por sí mismos³⁶⁶.

Muy unida a la potestad reglamentaria, se encontraba el tema de la independencia de la organización profesional, pues dicha potestad llevaba implícita la necesidad de autonomía en la gestión propia del ente. Esta autonomía debía entenderse como una manera de actuar representando a la persona jurídica con gobiernos y órganos propios, previamente establecidos. Como dice BAENA DEL ALCÁZAR, “el reconocimiento de la existencia de una persona jurídica pública lleva consigo el de que una persona pueda dictar normas obligatorias,

³⁶⁴ Vid. SILVA BASCUÑAN, *Tratado*, T. II, p. 309. Cfr. también sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTE de 28 de mayo de 1987, RJD T. LXXXV (1988), sección quinta, p. 212.

³⁶⁵ Vid. CID CLAVERO, Benjamín, *La potestad disciplinaria del Colegio de Abogados*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1979, p. 30.

³⁶⁶ Cfr. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, “Una primera aproximación a la nueva ley de colegios profesionales”, RAP N° 74 (1974), p. 68. Vid. también GALVEZ MONTES, Javier, “Colegios profesionales y tarifas de honorarios de ingenieros”, RAP N° 100-102 (1983), pp. 935 y ss.; y MATEO, Luis, “Naturaleza jurídica de las cuotas colegiales de los colegios profesionales y competencia para su determinación o modificación (a propósito de la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1981)”, REDA N° 38 (1983).

pueda autonormarse”. Por tanto, “la autonomía no es causa determinante, sino consecuencia de la personalidad jurídica pública”³⁶⁷. Lógicamente, esta autonomía no implicaba discrecionalidad absoluta; el actuar del colegio debía regirse por un estricto cumplimiento a los fines establecidos por la ley y al diseño que la propia norma jurídica, y el ordenamiento vigente en general, le daban.

En cuanto a los límites de la potestad reglamentaria, la doctrina era uniforme en declarar que los *colegios* no podían fijar el criterio del profesional en la ejecución de la labor que le es propia. El aspecto técnico de la profesión escapa al control de la entidad. Lo contrario implicaría atentar contra la libertad y dignidad profesionales y no se compadecería con las finalidades de estos institutos³⁶⁸. Ciertamente que esta autonomía en el modo de ejercitar la profesión tenía como límite las infracciones a la ética profesional o la comisión de algún delito, pero la regla general era que los colegios no podían inmiscuirse en el criterio que el profesional utilizara en su accionar. Asimismo, la facultad reglamentaria conlleva necesariamente la sumisión del ente al ordenamiento jurídico estatal y la adecuación de su actuar dentro de los límites de su competencia. De esta forma, los reglamentos no podían lesionar la libertad individual, contravenir el derecho estatal, ni trascender la finalidad asignada por la orden profesional³⁶⁹.

c) La potestad disciplinaria

Este carácter se expresaba en la facultad de los colegios para sancionar a sus asociados por los abusos o faltas que cometían en el ejercicio de la profesión. Cuando la ley disponía que todo profesional, por el hecho de ostentar dicha calidad, debía formar parte de una entidad específica que velara por los derechos y obligaciones de cada afiliado, está implícitamente señalando que ese profesional está despojado de ciertos derechos que se traducirán en la posibilidad de ser juzgado y sancionado por órganos propios de la entidad cuando las condiciones, así señaladas en la ley o los reglamentos, lo dispongan.

La explicación de la potestad disciplinaria se encontraba en las finalidades que estas instituciones cumplían. En efecto, si se deseaba que los colegios velaran por altos valores, que se traducen en búsquedas constantes del bien común, que defiendan su profesión, su honor y dignidad, así como la defensa del usuario, y del interés público, era lógico que se les dotara de una potestad capaz de asegurar estos objetivos. En atención a que el ejercicio profesional constituye una

³⁶⁷ Vid. BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *Los colegios profesionales en el Derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid 1968, p. 149.

³⁶⁸ Cfr. COLLANTES ESPINOZA, Flora, *Los colegios profesionales*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1962, p. 40.

³⁶⁹ Cfr. BAENA DEL ALCAZAR, *Los colegios profesionales*, cit., p. 153.

gran responsabilidad frente a la comunidad y la población en general, el Estado fiscaliza dicho ejercicio dotando a los colegios de facultades suficientes para supervilarlo³⁷⁰.

Los *colegios* tenían, de este modo, la facultad de fiscalizar aquel ejercicio de sus miembros (incorporados en forma obligatoria) que no fuera consecuente con la moral, las buenas costumbres o el orden público, circunstancias todas previamente establecidas en los correspondientes Códigos de Ética. Por tanto, aparte de la reglamentación propiamente legal que establecía el Estado, en cuya virtud el ordenamiento jurídico sancionaba o prohibía el ejercicio estimado ilícito, la respectiva organización estaba facultada para fiscalizar conductas que no se compadecieran con las ordenanzas éticas que se había impuesto la entidad.

El fundamento doctrinario de la potestad disciplinaria algunos lo han hecho descansar en la situación jurídica que importa la pertenencia a una asociación, la cual genera derechos y obligaciones. En esta línea, el quebranto de la normativa interna y de los deberes preestablecidos debiera traer aparejada la sanción correspondiente a fin de impedir un desconocimiento de aquellos valores que, precisamente, se intentan proteger. Otros han llamado la atención con respecto al hecho que el profesional estaba sometido a una sujeción particular de derecho público, una de cuyas manifestaciones era justamente la potestad disciplinaria³⁷¹. Por lo demás, el ejercicio de la profesión implicaba un deber para con la sociedad a la cual el colegio debía celo y protección. Como dice un autor “los deberes del profesional con la sociedad nacen del rol mismo que desempeñan dentro de la colectividad, a cuyo normal desenvolvimiento contribuyen ejerciendo sus actividades”³⁷²; por tanto, resulta lógico que el *colegio*, que aglutinaba (al menos en la antigua normativa nacional) a todos los profesionales de una respectiva orden, estuviese facultado para velar por estos aspectos esenciales que terminan afectando a toda la comunidad.

Si bien en la especie existe un principio general, en cuanto a la libertad en la opción y el modo de ejercer la profesión, no es menos cierto que dicha profesión está sujeta a una disciplina pública que vela por el resguardo de los derechos de terceros, a fin que la profesión se efectúe por cauces regulares de respeto a los

³⁷⁰ Es preciso destacar, eso sí, que el Estado supervila, también, el ejercicio de la profesión de diversas otras maneras, entre las cuales se encuentra, por cierto, la exigencia de estudios universitarios y la obtención de un determinado título académico para determinadas profesiones. Sobre el particular vid. TOLIVAR ALAS, cit., pp. 1350 y 1353. Cfr. también BAENA DEL ALCAZAR, *Europa y las profesiones*, cit., pp. 41 y ss.

³⁷¹ Cfr. por todos, BAENA DEL ALCAZAR, *Los colegios profesionales*, cit., p. 157. Vid. también LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, “Colegios profesionales y potestad sancionadora. Comentario a las STS de 30 de mayo de 1994”, RVAP N° 43 (1995), p. 200.

³⁷² Vid. SERRANO L. DE H., cit., p. 106.

demás, ya sea que se expresen frente a derechos concretos o en el ámbito del interés general de la nación³⁷³.

En lo que respecta al alcance de la potestad disciplinaria, cabe precisar que ella se entendía aplicable sólo a los profesionales que estaban colegiados. El *colegio* no tenía, en consecuencia, facultades para sancionar a otros profesionales que no estuviesen integrados a la misma organización. Lo que sucede es que como la afiliación era obligatoria, según se explicará más adelante, en la práctica el colegio estaba investido de facultades sobre todos los profesionales de su misma actividad. Pero la regla general era que ella se ejercía sólo respecto de los colegiados, sin hacerlo extensivo a otros profesionales no incorporados ni menos a los que profesaran otra ciencia.

Asimismo, la responsabilidad disciplinaria del profesional se entendía independientemente de la responsabilidad civil o penal que pudiera afectarle, o, incluso, de la responsabilidad en que pudiera incurrir en su calidad de funcionario estatal³⁷⁴. Ciertamente, ambos tipos de responsabilidad podrían generar consecuencias similares, pero ello no implicaba que por una infracción cometida en base a la reglamentación colegiada, se infiriera inmediatamente una de carácter civil, penal, o funcionaria.

Por último, es preciso aclarar que el poder sancionatorio sólo se admitía en el caso de infracciones cometidas en el ejercicio de la profesión. Lo que interesa aquí es proteger la moral profesional, y ésta se expresa en toda su plenitud durante el ejercicio de la actividad³⁷⁵. De igual modo, cabe tener presente que

³⁷³ Otros han discurredo sobre la base que la propia sociedad requiere que el ejercicio de determinadas profesiones se dirija hacia la solución de los problemas técnicos específicos en que el profesional presta sus servicios. Esta tesis se fundamenta sobre la base que éstos acomoden sus quehaceres a un mínimo ético, “subordinado a las exigencias legales que separan lo lícito de lo legalmente indebido”, así como a la concepción moral de la época en que se participa (cfr. CID CLAVERO, cit., p. 28).

³⁷⁴ Cfr. SCHIESSLER QUEZADA, Guillermo, “El régimen disciplinario profesional de los químico-farmacéuticos”, ADA N° II, 1977/1978, p. 129. Vid. también MONTERO Y CASADO DE AMEZCUA, Francisco Javier, “La colegiación de los funcionarios públicos”, REDA N° 43 (1984).

³⁷⁵ Con todo, es difícil precisar cuál es el alcance que tiene esto de la “*moral profesional*”. Las resoluciones de casos particulares han establecido, por ejemplo, que la interpretación que un abogado haga de una norma jurídica, aun cuando fuese errónea, no es susceptible de medida disciplinaria por parte del colegio de la orden; o que falta a la ética el profesional que retiene indebidamente dineros de su cliente. Al respecto, véase un análisis de la jurisprudencia de algunos colegios profesionales en COLLANTES ESPINOZA, cit., pp. 57 y s. Vid. también PARDO VALENCIA, Fanny, *Ética y Derecho de la Abogacía en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969. Una definición de ética profesional puede consultarse en SERRANO L. DE H., cit., pp. 101 y s., en el sentido que se trataría de los “principios de una conducta correcta profesional con respecto al propio profesional, sus clientes y demás colegas”. Y agrega: “El ejercicio de toda profesión debe, pues, sujetarse a ciertas normas cuyo cumplimiento se impone como deber, normas éstas unánimemente aceptadas, cualquiera que sea el concepto que se tenga de la moral y aunque no se acepte una concepción natural del

las infracciones cometidas en esta calidad sólo podían ser consagradas en la Ley Orgánica de cada colegio, no admitiéndose, por tanto, la consagración de nuevas sanciones por la vía reglamentaria. No era más que la aplicación del principio de legalidad que informa nuestro ordenamiento³⁷⁶.

d) La afiliación al colegio profesional

Sin perjuicio del análisis que se efectuará a raíz de la norma constitucional del art. 19 N° 16, es preciso anotar que una de las características esenciales de los *colegios* durante la vigencia de la Carta de 1925, pasaba por la necesidad de que la afiliación a los mismos fuese obligatoria. En este predicamento, el ordenamiento jurídico recogía una posición bastante asentada en la doctrina y en el derecho comparado, a fin de que los profesionales de cada Orden, para poder ejercer su profesión, estuviesen forzosamente inscritos en un registro de la correspondiente entidad profesional³⁷⁷. En esta perspectiva, la colegiatura surgía como la incorporación oficial y obligatoria de los profesionales al respectivo colegio a fin de quedar bajo su directa subordinación y protección en todo asunto relacionado con el ejercicio profesional³⁷⁸.

La creación de *colegios* no desconocía lo esencial de la idea de libertad del individuo. Lo que sucede es que esta libertad podía generar eventualmente un choque con garantías u otros derechos de mayor relevancia para el ente social como son la salud, el acceso a la justicia, u otros principios cuya tutela el Estado delegaba en las entidades profesionales³⁷⁹. Y en esta lógica, se estimaba que la colegiatura obligatoria permitía una regulación más efectiva. Como señala un

delito”.

³⁷⁶ Cfr. SCHIESSLER QUEZADA, cit., p. 145.

³⁷⁷ Uno de los primeros antecedentes históricos en relación con la colegiatura obligatoria, lo podemos encontrar hacia el año 1617. En dicha oportunidad, la Ley 1ª, Tít. XIX, lib. IV de la Novísima Recopilación, ordenó que todos los letrados que “fueren recibidos y aprobados por el Consejo, que no hubieren entrado en la congregación de los abogados, se escriban y entren en ella dentro de ocho días de la dicha aprobación, y pasado no lo habiendo hecho, no pueden abogar en esta Corte”. Vid. CABANELLAS, cit., T. I, Vol. 1, p. 202, nota 186. La obligatoriedad a que hacemos mención duró en España hasta el año 1833, en que se estableció el libre ejercicio de la abogacía. En Francia, por el contrario, desde el siglo XIV hasta la etapa anterior a la Revolución, existió una orden o Corporación con existencia legal que aglutinaba a los jurisconsultos y oradores, pero cuya asociación tuvo carácter libre y voluntaria (vid. GARCIA CABEZAS, Mario, *El Colegio de Abogados*, Universitaria, Santiago 1959, pp. 12 y ss.).

³⁷⁸ Cfr. CID CLAVERO, cit., p. 6. Desde el punto de vista doctrinario, la afiliación obligatoria se justificaba “en la necesidad de asegurar el cumplimiento de determinadas reglas, prescripciones o tareas por parte de profesionales que, por peculiares características de su actividad –precisamente por ejercer libremente su profesión– no están sujetos a otros mecanismos de control directo” (vid. GARCIA MURCIA, “Derecho de sindicación”, cit., p. 191).

³⁷⁹ Cfr. VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, cit., pp. 1396, 1403 y 1411.

autor: “si la pertenencia no es obligatoria, el profesional podrá decidir no asociarse o escoger el organismo que mejor satisfaga sus intereses personales más directos y los promueva incondicionalmente”³⁸⁰.

Consecuente con este criterio, el antiguo art. 38 de la Ley N° 4.409, Orgánica del Colegio de Abogados, estatuyó en su momento que para ejercer la profesión, el abogado requería estar inscrito en el registro especial de los abogados en ejercicio en el distrito jurisdiccional de su residencia y pagar la respectiva patente. Igual criterio siguieron, con posterioridad, los demás colegios profesionales creados por ley.

Esta necesidad se vio reflejada, también, en la discusión que sobre el particular efectuaron los miembros de la Comisión Ortúzar los cuales, en la mayor parte de las intervenciones, se manifestaron partidarios de una afiliación obligatoria. Esta posición doctrinaria inicial fue variada por el Decreto Ley N° 3.621, de 1981, que modificó esta obligatoriedad en la inscripción, dejándola como una medida optativa para cada profesional, pero sin que ello involucre un requisito para el ejercicio mismo³⁸¹. De esta manera, la legislación del régimen militar no sólo no contempló la incorporación obligatoria, sino que además su regulación se basó en la creencia de que la afiliación coactiva a un ente –sea público o privado- como requisito para ejercer las profesiones, no contribuiría a prestigiar a estas últimas, afectaba a la libertad de trabajo y no respetaba el derecho del usuario a elegir la calidad, oportunidad y costo de las prestaciones profesionales que deseara³⁸².

e) **Facultades jurisdiccionales**

Finalmente, los colegios profesionales estaban dotados de capacidad para dirimir eventuales conflictos de intereses que se presentaran entre un profesional y su cliente, si es que ambos o este último así lo solicitaban. Esta facultad, también, se expresaba en los pronunciamientos que efectuaban los colegios con respecto a aquella conducta de sus miembros que contradijera los valores que salvaguardaba la orden³⁸³. En este contexto, los colegios adquirirían la calidad

³⁸⁰ Cfr. GYAMARTI, cit., p. 199. En el plano comparado vid. también SANCHEZ SAUDINOS, José Manuel, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990, p. 254.

³⁸¹ Cfr. art. 2° del Decreto Ley N° 3.621, de 1981.

³⁸² Vid. CENTRO DE ESTUDIOS PUBLICOS, “La historia reciente de Chile. Colegios profesionales”, Extractos del Diario El Mercurio, de 29 de marzo de 1981, Verano de 1992, p. 377.

³⁸³ Una tesis favorable a la existencia de estas facultades jurisdiccionales puede consultarse en SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, “Los colegios profesionales en la Constitución”, RCHD Vol. XVI N° 2 (1989), p. 361. Para estos autores, los

de verdaderos órganos jurisdiccionales, dotados de facultades de imperio para conocer y decidir los asuntos que se ventilaran ante ellos. Ciertamente, y como ya lo hemos indicado, esta facultad jurisdiccional se refería esencialmente al conocimiento de infracciones a la conducta profesional y no se le atribuía más amplitud que la circunscrita al ejercicio de la profesión. La tesis dominante era considerar que la facultad de jurisdicción no se hacía extensiva a aquellas conductas relacionadas con la vida privada o extraprofesional de los colegiados.

En un sentido contrario, durante la vigencia de la Carta de 1925, la jurisprudencia de la Corte Suprema señaló que las decisiones de los colegios profesionales, en uso de sus atribuciones, no tenían un carácter jurisdiccional propiamente tal, sino que se trataba de la potestad resolutoria que la ley les había otorgado para corregir disciplinariamente a aquellos profesionales que por sus actuaciones fueran acreedores de tales medidas correccionales. Del mismo modo, la Corte estimó que los Consejos de los respectivos colegios no quedaban “sometidos a la jurisdicción directiva, correccional, disciplinaria y económica que corresponde a la Corte Suprema, en lo que se refiere a los asuntos de que conocen en el ejercicio de las atribuciones y derechos que la ley les concede”³⁸⁴.

Sin perjuicio de lo anotado, un estudio sobre la jurisprudencia general de los Tribunales ordinarios, al menos en el caso de los abogados, lleva a la conclusión que éstos, durante la vigencia de la Carta de 1925 colaboraron constantemente con los respectivos Consejos de los colegios, respetando sus facultades, armonizándolas con las propias y reconociendo el verdadero alcance y legitimidad de ciertas prerrogativas que tenían los profesionales en el ejercicio de su ministerio³⁸⁵.

3. Evolución histórica y legislativa de los colegios profesionales en Chile

3.1. Los colegios profesionales durante la vigencia de la Constitución de 1833 y 1925

Históricamente, según se ha dicho, la evolución de los colegios profesionales se manifiesta con mayor fuerza durante el siglo XX. Su expresión deriva de asociaciones privadas a las cuales se les dota, por ley, de características especiales

tribunales ordinarios son, por naturaleza, “jueces de derecho y carecen de las posibilidades de pronunciarse en relación a comportamientos muy especializados sobre presupuestos en los que el aspecto científico y técnico presenta relevancia determinante”. Y agregan: “el recurrir a un tribunal ordinario sólo se producirá en situaciones sumamente graves, que con facilidad linden en el orden penal”.

³⁸⁴ Vid. el análisis de esta jurisprudencia en CID CLAVERO, cit., p. 132.

³⁸⁵ Vid. PARDO VALENCIA, cit., p. 4.

que hacen que funcionen como verdaderas personas de derecho público, cuyas potestades buscan preservar determinados valores primordiales para el orden social. Por ello, en el reconocimiento de los colegios profesionales se entrelazan conceptos diversos, en atención a que la organización profesional se aleja de la vieja noción asociativa, para pasar a ser una expresión del ente dotado de facultades públicas por decisión del ordenamiento jurídico.

Con todo, nuestra evolución histórico-legislativa dista mucho de haber sido homogénea, transitando por etapas en que la regulación profesional se vinculaba en exclusiva al derecho de asociación o bien, en otras, en que el problema se centró en las limitaciones a la libertad de trabajo.

Como se explicó en la primera parte de este estudio, el constituyente del año 1833, inspirado en las teorías liberales que inundaban la época, consagró algunas normas específicas que hoy pueden ser clasificadas dentro del ámbito de la libertad de trabajo. Así, el art. 142 (151) de aquel texto constitucional estableció que “ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así”. Esta norma, que es reproducida en forma casi textual en las Constituciones de 1925 y de 1980, reguló un principio que impregnaba absolutamente el parecer de la sociedad decimonónica, y que era congruente con los aires de autonomía que imperaban en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

El artículo en cuestión garantizó la libertad de trabajo o industria y, en consecuencia, la de toda profesión, arte u oficio, estableciéndose cuatro limitaciones básicas: las fundamentadas en las buenas costumbres, la seguridad y la salubridad pública; y además, consagró que era lícito afectar la libertad de trabajo cuando lo exigiera el interés nacional y una ley así lo declarase. Si bien se trataba de cláusulas generales, la referencia específica al interés nacional declarado por ley constituía una puerta de salida para la limitación genérica de determinadas actividades u oficios. La amplitud de esta fórmula llevó a que la doctrina de la época resaltara la circunstancia de que fuese la propia ley la que decidiera y calificara, “*cuando creyera conveniente*”, si la limitación o prohibición era o no exigida por el interés nacional. Así, por ejemplo, HUNNEUS planteó que el concepto de interés nacional es tan elástico que cada cual lo entiende a su modo: “(...)”, para algunos el interés nacional exige que se prohíba absolutamente el ejercicio de profesiones científicas y literarias a quienes carecieran de título oficial para ejercerlas. Otros creen, y con ellos nosotros, que semejante exigencia sería hasta inconstitucional, porque si el interés nacional puede ciertamente exigir que no se permita ejercer comisiones, funciones, empleos o cargos públicos que requieran cierta competencia especial, sino a los que hubieren obtenido previamente aquel título, no se divisa siquiera cuál es el interés nacional que exigiría que se prohibiera a Pedro confiar la defensa de su pleito a Juan, aun cuando éste no tuviere el título de abogado. ¿De dónde podría derivar el Estado, cuya acción

debe limitarse únicamente a la gestión de los intereses generales que la acción individual no pudiere atender debidamente, la facultad de coartar al individuo su derecho para elegir su defensor en un pleito, que es de interés meramente particular, con la misma libertad con que ha elegido siempre entre nosotros al arquitecto o al constructor de su propia casa? (...) Francamente, no nos damos cuenta del fundamento en que descansarían semejantes restricciones”³⁸⁶.

En el razonamiento de HUNNEUS está muy presente, por una razón histórica, el problema de la libertad de profesiones. La discusión que se vivió durante la segunda mitad del siglo XIX en orden a otorgar autonomía en este campo, hizo que muchos acudieran al concepto del interés nacional para defender determinadas actividades del ejercicio de aquellos que no contaban con un título profesional. No obstante, dicha discusión confundía el ámbito de aplicación de la libertad de trabajo. El libre ejercicio de las tareas u oficios era una consecuencia natural de dicha libertad que consagraba el antiguo art. 142 (151), pero el criterio debía ser diverso cuando se exigiera un conjunto de conocimientos relevantes, así calificados por instituciones educacionales, para ejercer ciertas actividades que hoy situamos en el ámbito profesional.

Por otra parte, cuando la Constitución de 1833 hablaba de interés nacional entendía comprendida dentro de esta noción un límite algo variable para la libertad de trabajo según las diversas circunstancias que viviera el país. Por tanto, del criterio social imperante durante el siglo XIX fue posible desprender que el interés nacional venía a ser la consecuencia no de una discusión entre particulares o la situación perjudicial que afecte a un determinado número de nacionales, sino de una visión más o menos aglutinadora del conjunto de habitantes del país y de sus instituciones fundamentales. El interés nacional, por tanto, se alzó como un concepto amplio y complejo, difícil de circunscribir, y que se expresaba en la visión que, para cada época, observan los legisladores.

Con todo, durante el imperio de la Constitución de 1833, la invocación al interés nacional no fue utilizada para crear figuras al estilo de los colegios profesionales. Por el contrario, durante este período, se establecieron agrupaciones de profesionales que tenían por objeto velar por los derechos de sus asociados, elevar el nivel cultural de las respectivas profesiones y darles una mayor dignidad a las mismas³⁸⁷. En este grupo de entidades, de tipo no obligatorio, destacaban la Asociación Médica de Chile, la Asociación de Arquitectos o el Instituto de Abogados. Todas ellas se establecen como entidades de carácter privado, que obtienen personalidad jurídica por decreto supremo, y que cumplen funciones más académicas que gremiales. Justamente, durante el año 1915, se funda el Instituto de Abogados de Santiago, corporación de derecho privado cuyo objeto esencial era el buen funcionamiento de los Tribunales de Justicia y la corrección de las

³⁸⁶ Vid. HUNNEUS, cit., T. II, pp. 383 y ss.

³⁸⁷ Cfr. COLLANTES ESPINOZA, cit., p. 18.

prácticas viciosas de los abogados en el ejercicio de su profesión. El ingreso a este instituto era totalmente voluntario, exigiéndose, eso sí, una antigüedad mínima en el ejercicio de la profesión de dos años o haber desempeñado por igual tiempo un cargo judicial³⁸⁸.

Sentados los fundamentos de una institución profesional de esta especie, en el año 1925 se crea el primer Colegio de Abogados existente en el país, que aglutina a todos los profesionales del derecho³⁸⁹. La reglamentación final del colegio se efectuó mediante la Ley N° 4.409, del año 1928, y entre los fundamentos de su creación se expresa que este colegio profesional busca dignificar la profesión de los abogados, “poner atajo a su ejercicio por personas incompetentes, indignas o negligentes, fomentar el estudio del derecho, y propender en suma, a la mejor, más rápida y más eficaz administración de justicia”³⁹⁰.

³⁸⁸ Una de las manifestaciones más elocuentes de la acción de este Instituto la encontramos hasta nuestros días, y consiste en la obligación de comparecer en juicio mediante abogado habilitado para el ejercicio de la profesión. Igualmente, gracias a la acción de esta entidad se logró dictar la reglamentación del Conservador de Bienes Raíces. Cfr., GARCIA CABEZAS, Mario, *El Colegio de Abogados*, Universitaria, Santiago 1959, p. 35.

³⁸⁹ Cfr. Decreto Ley N° 406, de 19 de marzo de 1925.

³⁹⁰ Vid. SERRANO L. DE H., cit., p. 55. Con todo, en nuestro país, ya en el año 1862 es posible advertir la creación de una entidad que se encuadra dentro de las categorías de lo que hoy denominamos Colegio de Abogados. Encabezada por don Andrés Bello, tuvo una duración de sólo seis años, y cumplió finalidades relacionadas con el estudio y la divulgación del derecho. En ella participaron ilustres abogados como don Gabriel Ocampo, Antonio Varas y José Victorino Lastarria, entre otros. Según la definición de sus propios estatutos, esta organización fue concebida como una corporación científica que tenía por objeto estudiar los nuevos códigos, leyes y jurisprudencia en general, publicar obras tendientes a difundir los conocimientos jurídicos, y promover y acordar todo aquello que significara mejorar la función forense y uniformar las doctrinas jurídicas. Al respecto vid. COLLANTES ESPINOZA, cit., p. 19; CID CLAVERO, cit., p. 18; y PARDO VALENCIA, cit., pp. 439 y ss. (véanse en esta última obra los estatutos de la sociedad “Colegio de Abogados” y el Acta de Fundación del Instituto de Abogados de Santiago). Desde una perspectiva histórica más amplia, los primeros antecedentes sobre asociación profesional, al menos en el campo de los abogados, se pueden advertir en Roma con la formación del “*Collegium Togatorum*”, que agrupaba a los hombres que defendían diversos derechos en juicios y en cuyo establecimiento habría influido el propio Ulpiano (cfr. SERRANO L. DE H., cit., p. 54). Todo indica que para poder ejercer la abogacía en Roma, al menos ante los Tribunales Superiores, se requería estar incorporado en el colegio e inscrito en una Tabla, así como poseer buena reputación y costumbres. Previo a estas noticias históricas, existen algunos antecedentes vagos sobre reglamentación en el ejercicio de la profesión de abogado en la antigüedad que se traducían en la obligación de efectuar defensas escritas (en el caso de Egipto) y personales (en el caso de la India). En Grecia, las leyes de Solón y Dracón fueron las primeras en reglamentar las condiciones que debían cumplir los oradores, que consistían en no ser esclavos, no ser infames ni tampoco ser mujeres, así como no usar argucias tendientes a ganarse el favor de los jueces (cfr. GARCIA CABEZAS, cit., pp. 12 y ss.). En España, por su parte, el primer Colegio de Abogados que habría existido data del 13 de agosto de 1595. Su constitución se produjo en Madrid bajo la figura de una cofradía religiosa, luego que un grupo de abogados se reuniera en la sacristía del Convento de San Felipe con el objeto de fundar una congregación “puesta bajo la advocación de Nuestra Señora de la Asunción y del bienaventurado San

La creación del Colegio de Abogados sirvió de base para el establecimiento de otros institutos que reflejaban la defensa y promoción de las respectivas profesiones. De esta manera, con posterioridad se creó el Colegio de Farmacéuticos en virtud de la Ley N° 7.205, de julio de 1942; el Colegio de Arquitectos, por Ley N° 7.211, del mismo año; el Colegio de Ingenieros Agrónomos, en 1944; el Colegio Médico, según Ley N° 9.263, del año 1948; el Colegio de Periodistas, en el año 1956; y el Colegio de Ingenieros y Técnicos, en virtud de la Ley N° 12.851, de febrero de 1958, entre otras organizaciones. En todo este proceso legislativo se observa una constante incorporación de nuevas profesiones bajo la estructura jurídica de *colegios*, en virtud de normas legales especiales que autorizaban su creación. De esta forma, al llegar el año 1973, se presentaba en el país una proliferación de colegios profesionales de rango universitario que se encontraban estudiando el reconocimiento legal de una federación que los aglutinara³⁹¹.

En todos los casos que hemos reseñado, el legislador se amparó, al momento de justificar la creación por ley de estas organizaciones, en el precepto constitucional del art. 10 N° 14 de la Carta de 1925. El inciso tercero de dicho artículo mantenía el criterio esbozado en el antiguo art. 142 (151) de la Constitución de 1833 en cuya virtud “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”. La interpretación jurídica se encaminó, en aquella época, a considerar que el interés nacional requería la creación de colegios profesionales, en razón de la naturaleza y funciones que cumplían, debiendo la ley entregarles la personalidad jurídica correspondiente exigiendo la afiliación obligatoria de los profesionales en la entidad respectiva.

De esta forma, dentro de la visión amplia que engendra la libertad de trabajo, los juristas de la época estimaron que dicha garantía admitía la posibilidad que ciertas profesiones sólo pudiesen ser ejercidas satisfaciéndose las exigencias que, por razón de interés nacional, estableciera la ley. Como posteriormente lo señaló SILVA BASCUÑAN, “hay ciertas formas de actividad humana que pueden ser ejercidas libremente sólo en condiciones tales que la sociedad tenga una garantía de que van a desempeñarse por quienes estén en situación de eficiencia que permita resguardar los valores sustanciales de que se trata”³⁹².

Ivo, que ejerció de letrado”. Entre las normas de sus estatutos, destacaban las exigencias en relación con las circunstancias y cualidades que debían reunir los abogados que solicitaban su ingreso en la congregación. Asimismo, se exigía a los colegiados obediencia y sumisión al decano (quien tenía a su cargo el gobierno de la congregación), la modestia que su traje y la profesión requerían, y la asistencia a las fiestas y celebraciones religiosas. Sobre esto último vid. CABANELLAS, cit., T. I, Vol. 1, p. 202, nota 186.

³⁹¹ Cfr. SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, “Los colegios”, cit., p. 356.

³⁹² Cfr. ACTAS, cit., sesión N° 208, pp. 9 y s. Y agrega: “el legislador está llamado a intervenir cuando en un tipo de actividad considera que se hallan implicados valores de tal jerarquía e

En cuanto a su registro, todos los colegios profesionales existentes en la etapa histórica que nos ocupa establecieron la inscripción obligatoria en la entidad para poder ejercer la profesión. Así, un profesional que deseaba desempeñarse en dicha calidad debía, aparte de aprobar los estudios superiores respectivos, estar inscrito en el colegio correspondiente a la profesión que ostentaba. Como consecuencia de esta afiliación, la entidad gozaba de todas las atribuciones correspondientes a una persona jurídica de derecho público y podía fiscalizar el ejercicio profesional.

Por último, habría que agregar que el legislador reguló a los colegios basado primordialmente en el hecho que la capacitación de sus profesionales estaba relacionada con el ámbito universitario. Aun cuando se ha criticado que la creación de los mismos fue demasiado amplia, incorporando a actividades que no necesariamente ameritaban su reglamentación mediante la figura de un colegio profesional, el legislador de la época tendió a restringir la creación de estos entes sólo a aquellos que profesaban una disciplina impartida por la educación superior³⁹³.

importancia, que no puede entregarse al libre funcionamiento de las energías particulares, sino que tiene que ser reglamentada por la ley”.

³⁹³ Al respecto, resulta útil citar un informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, del año 1947, vinculado a la interpretación que debía darse al concepto de interés nacional y registro obligatorio. En dicha oportunidad, la Comisión consideró inconstitucional un proyecto de ley que prohibía el trabajo de vendedor viajero a toda persona que no estuviese inscrita en un registro y que cumpliera determinados requisitos, y en la que, además, se imponía al empleador el gravamen de pagar al trabajador una comisión sobre las ventas realizadas sin su colaboración. Se sostuvo, en aquel entonces, que el proyecto significaba prohibir un trabajo que estaba reservado a un grupo determinado de personas, constituyendo un monopolio en una actividad que no tenía el carácter de profesión y ni siquiera de estudios o conocimientos técnicos especiales para su ejercicio. El voto de minoría, en la iniciativa legal que comentamos, estimó que el proyecto no afectaba la garantía, pues no se prohibía ejercer la actividad de viajero, sino que la reglamentaba de la misma manera que otras leyes habían reglamentado otras actividades, como la de contador, por ejemplo. En dicho parecer, para declarar que el proyecto era inconstitucional se hacía necesaria la prohibición de un determinado trabajo, cosa que en la especie, según la tesis disidente, no sucedía (vid. ACUÑA RAMOS, Rolando, *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1971, p. 167). Un criterio similar al voto enunciado se puede encontrar en un informe relativo a la exigencia de contar con un carné profesional por parte de los miembros del gremio de los peluqueros, peinadores, barberos, manicuros y pedicuros. En este caso, la doctrina mayoritaria de la Comisión estimó que la referencia constitucional a que ninguna clase de trabajo podía ser prohibida, salvo que atentara contra las buenas costumbres, la seguridad o salubridad públicas, y el interés nacional, no significaba en modo alguno que al legislador le estuviese prohibido reglamentar por ley el trabajo o la industria, “reglamentación que muchas veces suele ser más que necesaria, indispensable, para el interés nacional y el orden social” (vid. ACUÑA RAMOS, cit., p. 165). En la argumentación que entrega la Comisión del Senado, se discurre sobre la idea de que la circunstancia de reglamentar el ejercicio de la actividad en modo alguno significa su prohibición como consecuencia del hecho de que quienes no cumplen este requisito no pueden ejercer el derecho de que se trata. Si se puede prohibir, con mayor razón se podrá reglamentar. Una conclusión opuesta, a juicio del informe, po-

3.2. Los colegios profesionales en la Comisión Ortúzar. Acta Constitucional N° 3, de 1976

La discusión preliminar del tema de los *colegios* en la Comisión Ortúzar se encauzó en el sentido de establecer un principio general, cual era que nadie podía ser obligado a pertenecer a una asociación. Este principio general sólo admitía una excepción, y ésta era la de exigir la colegiatura obligatoria en aquellos casos expresamente establecidos por la ley, “la cual sólo podrá imponerla para el ejercicio de una profesión universitaria”³⁹⁴. Por tanto, los miembros de la Comisión Ortúzar reglamentaron en forma más precisa, a nivel constitucional, el tema de los colegios profesionales, permitiendo su establecimiento sólo en el caso de carreras universitarias, siempre y cuando una ley previamente lo autorizara.

Algunos miembros de la Comisión redactora insistieron en que el tema de la afiliación obligatoria a los colegios profesionales no decía relación tanto con el derecho de asociación, sino, y sobre todo, con el problema de la libertad de trabajo. Como el propio ORTUZAR lo puntualizó en la sesión N° 211, las asociaciones son un acto voluntario de las personas en orden a juntarse. En cambio, en el aspecto que se discute no había, a su juicio, ninguna manifestación de voluntad: es la ley la que, por razones de orden superior, crea un colegio profesional y exige, como requisito para ejercer determinada actividad, pertenecer o estar inscrito en sus registros. En esta perspectiva, dejó constancia que el derecho de asociación y la constitución de un colegio profesional eran materias diversas³⁹⁵. Esta opción no constituía una determinación antojadiza o carente de razonabilidad; por el contrario, si se estimara que los colegios responden solamente a la garantía de la libertad de asociación, se tendría que concluir que inevitablemente el principio general que informa ese derecho también afecta a los colegios profesionales. Si “nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación”, entonces el requisito

dría hacer llegar al absurdo de que al legislador le está vedado reglamentar el trabajo o la industria en cualquier forma que signifique imponerle ciertos requisitos o condiciones para su ejercicio. En esta lógica, concluía la Comisión, aún las leyes que establecen el pago de patentes o de ciertos derechos para el ejercicio de un trabajo o industria podrían ser consideradas inconstitucionales dentro de una doctrina distinta (cfr. ACUÑA RAMOS, cit., p. 165). No menos relevante resulta el voto de minoría en el proyecto recién expuesto. Según la tesis disidente en el informe, lo importante radicaba en determinar qué trabajos eran contrarios a las buenas costumbres, la seguridad o salubridad públicas y el interés nacional. En consecuencia, no puede ser cualquier actividad la que ameritaba la prohibición de acuerdo a la norma constitucional, ya que la regla general es la libertad de trabajo. De esta forma, el hecho de reglamentar, implica, ciertamente, restringir, y ello se podía realizar sólo cuando el oficio respectivo se considerase incorporado dentro de las excepciones constitucionales. El problema, según esta tesis, era determinar si el hecho de contar con un carné profesional para desempeñar el oficio de peluquero, peinador, barbero, manicuro o pedicuro se entendía indispensable de conformidad al interés nacional o la seguridad pública (vid. el Informe de don Horacio Walker L., en ACUÑA RAMOS, cit., pp. 166 y s.).

³⁹⁴ Cfr. ACTA CONSTITUCIONAL N° 3, art. 1° N° 20, inciso sexto. Decreto Ley N° 1.552, Diario Oficial de 13 de septiembre de 1976.

³⁹⁵ Vid. ACTAS, cit., sesión N° 211, p. 10.

y la esencia de los colegios profesionales, en su concepción tradicional, habría vulnerado notoriamente la preceptiva constitucional.

Por ello, se dejó constancia entre los miembros de la Comisión redactora que el establecimiento de los colegios profesionales tenía real conexión con el problema de la libertad de trabajo, no con el derecho de asociación. Si es la libertad de trabajo la que reglamenta la creación de los colegios profesionales, entonces se debe concluir que el interés nacional admite perfectamente que se limite el ejercicio de una actividad a fin de poder resguardar ese valor superior que tiene la sociedad. Por tanto, la justificación jurídica, y así lo comprendió la Comisión, era plenamente válida desde la óptica de la libertad de trabajo: una ley fundamentada considera que el interés nacional amerita la creación de colegios profesionales como entes dotados de facultades públicas.

Las consideraciones expuestas fueron recogidas por el Acta Constitucional N° 3, de 1976. Dicho cuerpo legal (que hizo suyas las recomendaciones de la Comisión Ortúzar), partió de la base que el tema de los colegios profesionales no afectaba el derecho de asociación sino que la libertad de trabajo. En efecto, los profesionales obligados a formar un colegio podían constituir otras asociaciones sin más limitaciones que las expresadas en la garantía correspondiente. Por el contrario, el ejercicio de ciertas profesiones universitarias exigía requisitos y condiciones que se vinculaban a la libertad de trabajo, ya que suponía el establecimiento de restricciones, como lo era la colegiatura obligatoria, en razón del interés nacional comprometido. En consecuencia, “la colegiación se requiere sólo para el ejercicio de la profesión y se relaciona esencialmente con la libertad de trabajo”³⁹⁶.

Los criterios antes expuestos fueron ampliamente aceptados en la discusión inicial del actual art. 19 N° 16, pero con algunas precisiones que es necesario resaltar. Por ejemplo, GUZMAN manifestó, en la misma sesión N° 211, que a él no le cabía duda que el tema de la afiliación obligatoria decía relación con la libertad de trabajo. Lo importante, en su opinión, es que no debían confundirse los roles y que para ingresar a un sindicato se exigieran los mismos requisitos que para pertenecer a un colegio profesional. La regla general, según él, es que nadie puede ser obligado a pertenecer a una organización para desarrollar cualquier actividad o trabajo. La única excepción a esta regla, agregó GUZMAN, eran los colegios profesionales³⁹⁷. De esta forma, el tema de los colegios quedaba regla-

³⁹⁶ Vid. la intervención de SILVA BASCUÑAN en *ACTAS*, cit., sesión N° 211, p. 9. Igual criterio se puede apreciar en la opinión de ORTUZAR, quien manifestó expresamente que “lo que no le cabe duda es que el derecho de asociación y la constitución de un colegio profesional son dos cosas distintas” (vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 211, p. 10); o en la intervención de OVALLE: “No se trata de prohibir, sino de establecer requisitos para ejercer y, bien mirado, el propósito es laudable, recomendable o, por último, aceptable” (vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 208, p. 16).

³⁹⁷ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 211, pp. 11 y ss.

mentado en la propia Constitución, dejando constancia, eso sí, que era el ánimo de los integrantes de la comisión redactora que no se auspiciara la proliferación de organizaciones profesionales.

El problema se traducía en el reclamo que efectuaron algunos miembros de la Comisión, en el sentido que no era lo mismo exigir la afiliación obligatoria a un colegio profesional que a una simple organización de carácter sindical o de otra naturaleza. Además, en la experiencia que arrojó la Constitución de 1925, se estimaba que habría existido una *sobredimensión* de las actividades o profesiones que justificaban la creación de un ente profesional. Por ello, se planteó un criterio general en orden a establecer que nadie podía ser obligado a pertenecer a una organización para desempeñar un trabajo determinado; regla de la cual se excepcionaba expresamente a los colegios profesionales³⁹⁸.

Por su parte, EVANS consideró que en el campo de los colegios profesionales no existía duda que la afiliación debía ser obligatoria, sin que fuera admisible la libre afiliación, pues “precisamente, por la trascendencia social que representa el ejercicio de esa profesión, el colegio profesional tiene por misión fundamental velar por los intereses, prerrogativas y prestigio de la respectiva profesión”. Y agregó: “La única manera que tiene un colegio de velar por el prestigio de una determinada profesión, es exigiendo que todos aquellos que la ejercen pertenezcan a él, para que estén sometidos a la función disciplinaria que la ley les encomienda a sus organismos rectores. Por ello no le cabe duda de que en materia de colegios profesionales la afiliación es obligatoria”³⁹⁹.

Las consideraciones que hemos reseñado en este acápite se reflejaron en una indicación formulada por Enrique Ortúzar, que la fundamentó en el hecho que todo aconsejaba establecer una disposición clara, “que abra la puerta (...) en forma franca, la puerta principal y no la falsa, a la creación de los colegios profesionales y a la posibilidad de una afiliación obligatoria”⁴⁰⁰. Estos criterios recién transcritos se plasmaron, también, en el Acta Constitucional N° 3, de 1976, con la siguiente redacción: “La ley determinará las profesiones que requieran título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Es obligatoria la

³⁹⁸ Al respecto se plantearon algunas alternativas de solución frente al tema del excesivo número de colegios: una fue la de elevar el quórum necesario para que el legislador admitiera la creación de colegios profesionales, de manera que no proliferaran desmedidamente; la segunda, se basó en la posibilidad de restringir la colegiatura obligatoria sólo a las profesiones que tengan el carácter de universitarias. Con todo, existió una tercera alternativa planteada por GUZMAN, en el sentido de que la Constitución consagrara expresamente a los colegios (sin necesidad de interpretaciones sobre el alcance de una garantía) y que se dejara establecido que “es voluntad del constituyente el que estos colegios profesionales sólo se creen en casos calificados”. Sobre el particular vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 211, p. 13.

³⁹⁹ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 208, p. 15.

⁴⁰⁰ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 211, p. 14.

colegiación para el ejercicio de aquellas profesiones universitarias que señale la ley”⁴⁰¹.

En síntesis, el Acta Constitucional N° 3 acogió el criterio de la Comisión Ortúzar en el sentido que la afiliación, a cualquier entidad, sería siempre voluntaria. La única excepción a ello se expresaba en el caso de los colegios profesionales. No obstante, como la redacción que hemos señalado implicaba que muchas organizaciones ya constituidas (a la fecha de publicación del Acta Constitucional N° 3) no podían funcionar, pues se establecía la colegiatura obligatoria sólo en el caso de profesiones universitarias, el propio texto jurídico antes mencionado consagró, en el art. 6° transitorio, la mantención de la vigencia de las leyes que hubieren establecido la colegiación de actividades o profesiones no universitarias, “mientras ellas no sean modificadas”. Lo anterior, como expresa CEA EGAÑA, permitía salvar el problema referido, permitiendo el cumplimiento gradual del precepto permanente⁴⁰².

3.3. Los colegios profesionales bajo la vigencia del texto original de la Constitución de 1980

El texto final de la Constitución de 1980, sometido a plebiscito ese mismo año, varió sustancialmente la redacción de la norma emanada del Consejo de Estado y de la Comisión Ortúzar, eliminando la mención relativa a los colegios profesionales y prohibiendo que la ley o una disposición de autoridad exijan la afiliación o desafiación, ya no a una organización gremial, sino que a cualquier

⁴⁰¹ El texto en comento se apoyó en una norma similar que consagraba la Constitución venezolana de 1971, que en su art. 82 prescribía: “La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Es obligatoria la colegiación para el ejercicio de aquellas profesiones universitarias que señale la ley”. En relación con este punto se habían planteado dos indicaciones formuladas por GUZMAN. La primera de ellas proponía resolver el tema de la siguiente forma: “No se podrá exigir la afiliación a una asociación como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, salvo en el caso de los colegios profesionales cuya creación deberá ser realizada a través de una ley aprobada por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio”. La segunda indicación se formuló en los siguientes términos: “No se podrá exigir la afiliación a un sindicato como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo” (vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 211, p. 22). Esta última proposición se consagró prácticamente igual en el inciso séptimo del N° 20 del art. 1° del Acta Constitucional N° 3, de 1976. Cabe tener presente, en todo caso, que en el Informe que se envió a la Presidencia de la República con motivo del análisis del anteproyecto de nueva Constitución que sería sometido a plebiscito, se introdujo una modificación en parte del inciso referido a las profesiones universitarias. La alteración literal se tradujo en la eliminación del aspecto imperativo que implicaba para el legislador el establecimiento de la colegiatura obligatoria cuando la ley creaba los colegios: “La ley podrá exigir la colegiación sólo respecto de las profesiones universitarias”. Sobre el particular, vid., *ACTAS*, cit., sesión N° 361, pp. 2392 y s.).

⁴⁰² Vid. CEA EGAÑA, *Tratado*, cit., p. 128.

entidad. Este cambio le daba, sin lugar a dudas, una connotación más amplia a la prohibición y no admitía, al parecer, excepción de ningún tipo en este aspecto. Comentando este cambio en la redacción, parte de la doctrina ha sostenido que era evidente que se venía fortaleciendo en el seno de los equipos gobernantes de aquella época la idea de que era necesario impedir que los profesionales siguieran organizándose en colegios con las características que había venido imponiendo el legislador nacional durante la segunda mitad del siglo XX⁴⁰³. Sea cual fuere el criterio de fondo, lo que quedaba claro es que la supresión de la afiliación obligatoria en el caso de los colegios profesionales implicaba una seria merma al poder disciplinario de que gozaban estas organizaciones⁴⁰⁴.

Tal como quedó redactado el art. 19 N° 16, los colegios perdieron gran parte de su poder de representación frente a la autoridad pública, más aún a la luz de la legislación complementaria de la garantía constitucional. Se ha intentado justificar esta supresión en el sentido de que la libre afiliación robustece la libertad de trabajo, y permite proteger efectivamente al público, entregando a cada usuario la libre elección de la importancia, frecuencia, naturaleza y calidad de los servicios que requiere⁴⁰⁵. Asimismo, se ha expresado que el mayor o menor número de miembros de un colegio profesional estará así sujeto a la capacidad de esa organización de alcanzar un efectivo desarrollo de la profesión que ese organismo impulse y no únicamente a la obligatoriedad de la afiliación⁴⁰⁶.

El problema, sin embargo, no se reducía exclusivamente a la cuestión de la afiliación obligatoria. En la práctica, los colegios profesionales quedaron asimilados a cualquier otra entidad que respondiera al ejercicio del derecho de asociación, y

⁴⁰³ Cfr. SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, “Los colegios”, cit., p. 357. Vid. también SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, “Control del comportamiento ético de los profesionales”, en ZUÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago 2005, p. 310: “Mediante diversos decretos leyes fue disponiéndose la prórroga de los períodos de duración de los organismos directivos de los colegios entonces existentes; se les privó de la posibilidad de elegir nuevas directivas; se entregó al Gobierno la facultad de nombrar reemplazantes; se les impidió celebrar reuniones sin permiso de la autoridad administrativa; se quitó carácter obligatorio a los aranceles decretados por ellos; se hizo innecesaria la colegiación para el desempeño de cargos públicos, etc. (D.L. 349, de 1974; 971, de 1975; 2.306, de 1978 y 2.516, de 1979)”. Una referencia general de estos decretos leyes puede consultarse, además, en SILVA BASCUÑAN, “¿Deben suprimirse”, cit., pp. 44 y s. Más enfático aún, RIOS ALVAREZ, “Los colegios”, cit., p. 186: “Un constituyente caprichoso y un legislador insensible borraron a los colegios de nuestra faz institucional. Se desconoció su naturaleza y la trascendencia de sus funciones y, livianamente, se les asimiló al estatuto jurídico de otra clase de asociaciones; se les privó de sus potestades y funciones de derecho público y a uno de estos organismos –al Colegio de Abogados– se le eliminó, literalmente, del Código Orgánico de Tribunales”.

⁴⁰⁴ Para una justificación de este criterio cfr. SEPULVEDA BUSTOS, Mario, “Ocaso de los colegios profesionales”, RJT N° 4 (1980), pp. 44 y s.

⁴⁰⁵ Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS PUBLICOS (CEP), cit., p. 377.

⁴⁰⁶ Cfr. DIRECTORIO INSTITUTO DE INGENIEROS DE CHILE, El Mercurio de 29 de agosto de 1992, p. A2.

ya no se les podía concebir como personas jurídicas de derecho público, pasando a ser simples organizaciones gremiales, regidas por el derecho privado⁴⁰⁷. Ello trajo consigo un significativo cambio tanto en la naturaleza jurídica como en las finalidades que tradicionalmente se le atribuían a estos entes.

3.4. Legislación complementaria sobre colegios profesionales. El Decreto Ley N° 2.757, de 1979, y 3.621, de 1981

Durante la vigencia del texto original de la Carta de 1980, la legislación fundamental en materia de colegios profesionales se reguló mediante la aplicación de los Decretos Leyes N° 2.757, de 1979, y N° 3.621, de 1981.

3.4.1. El Decreto Ley N° 3.621

Este cuerpo legal vino a terminar con el carácter especial que, jurídicamente, tenían los colegios profesionales y les otorgó la categoría de asociaciones gremiales, al estilo de las que reglamentaba el Decreto Ley N° 2.757⁴⁰⁸. Entre los considerandos del Decreto Ley N° 3.621, se pueden encontrar los elementos de juicio que tuvo el legislador para optar por un sistema de libre afiliación profesional. Así, por ejemplo, el considerando N° 1 establece que la libertad de trabajo conlleva necesariamente la libertad de afiliación, sin que ella se pueda establecer como requisito para ejercer una actividad laboral. Se parte de la base de que la afiliación obligatoria favorecería la mantención de sistemas monopólicos en importantes sectores laborales del país, razón por la cual el Decreto Ley opta por organizaciones basadas en la completa libertad de afiliación y desafiliación, sin que se permita un registro obligatorio de inscripción para ejercer una profesión determinada⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Cfr. SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, “Control”, cit., p. 313.

⁴⁰⁸ Sobre la eventual inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 3.621 de 1981 vid. RIOS ALVAREZ, “Inconstitucionalidad”, cit., pp. 7 y s.

⁴⁰⁹ Esta misma posición legal fue reafirmada en su momento por la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual señaló que “un profesional tiene la libertad de afiliarse o desafilarse a cualquiera asociación gremial, pudiendo legalmente estar afiliado a dos o más asociaciones, sin ninguna limitación al respecto. En consecuencia, a juicio de la jurisprudencia, constituía un acto ilegal el hecho de que se sancionara a un colegiado por la simple circunstancia de pertenecer a otra asociación, ya que con ello se ha privado a los afectados del legítimo derecho consagrado constitucionalmente de asociarse sin permiso previo. Vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 26 de enero de 1987 (confirmada por sentencia de Corte Suprema, de fecha 22 de enero de 1988), RJD T. LXXXV (1988), sección quinta, p. 1.

Por su parte, el art. 1° del Decreto Ley N° 3.621 reglamentó la nueva naturaleza jurídica que pretendió dársele a estas instituciones. En efecto, casi como una definición de principios, la norma se limitó a declarar que los *colegios* constituían asociaciones gremiales y, en tal carácter, debían regirse por la legislación pertinente. Consecuente con este criterio, el art. 2° de citado Decreto Ley estableció que “no podrá ser requisito para el ejercicio de una profesión u oficio, ni para el desempeño de un cargo de cualquier naturaleza que éste sea, como para ningún otro efecto, el estar afiliado o pertenecer a un colegio Profesional o Asociación o figurar inscrito en los registros que éstos mantengan”. En este predicamento, el legislador de 1981 observaba categóricamente la necesidad de evitar cualquier discriminación basada en el hecho de integrar un colegio profesional.

El Decreto Ley elige, justamente, la opción contraria a la incorporación obligatoria. Ya lo había hecho la Constitución en el texto final que se sometió a plebiscito, y lo ratificaba ahora al señalar que no puede constituir requisito de ninguna especie el estar integrado a una organización de este tipo. Hay que hacer notar, frente a esto, que el art. 2° del Decreto Ley utilizó las expresiones “*para ningún otro efecto*”, lo que dejaba en evidencia la posición de impedir colegios profesionales basados en la afiliación obligatoria. Todo indica que con esta frase se pretendió dar a la norma una connotación amplia, que no sólo se refiriera a exigencias legales, sino que a cualquier otra circunstancia que pudiese afectar la libertad del profesional. Esto, por cierto, desnaturalizó la figura de los colegios al menos en su concepción tradicional, insertándolos en una lógica propia del derecho de asociación y no como un supuesto especial de la libertad de trabajo⁴¹⁰.

3.4.2. Las facultades jurisdiccionales y disciplinarias de los colegios profesionales en el Decreto Ley N° 3.621, de 1981

La normativa que comentamos privó a los *colegios* de la capacidad para conocer y resolver las controversias que se suscitaban entre profesionales, o entre éstos

⁴¹⁰ Durante la discusión parlamentaria del proyecto que dio origen a la Ley N° 20.050 de 2005, el H. Senador DIEZ sistematizó las razones que tuvieron los redactores originales de la Constitución para aplicar la tesis de la libertad de asociación con respecto a los colegios profesionales: “prevalció el deseo de preservar la libertad, de donde derivó la disposición de carácter absoluto, en el sentido de que nadie está obligado a pertenecer a asociación alguna. Además, se consideró la necesidad de que la Constitución, junto con reconocer la existencia y la obligación del Estado de promover los grupos intermedios, asegurara que ellos nunca fueran indispensables para el ejercicio de la libertad individual, que las personas pudieran voluntariamente unirse para crear instrumentos más eficaces pero que no fuera necesario para poder ejercer determinada actividad pertenecer a entidades creadas por otros. Ese, dijo, fue el sentido profundo de estas disposiciones”. Vid. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 12ª, de 6 de noviembre de 2001, p. 1390. Vid. además ANDRADES RIVAS, Eduardo, “Comentarios sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las asociaciones gremiales profesionales”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, pp. 109 y ss.

y sus clientes, como consecuencia del ejercicio de la profesión, como asimismo aquellas que les permitiesen conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional (art. 3°). El propio considerando N° 4 del precitado Decreto Ley, señaló que los tribunales ordinarios eran perfectamente idóneos para juzgar y sancionar este tipo de conductas. De esta manera, el legislador cercenó notoriamente la calidad de personas de derecho público que ostentaban estas instituciones, pues una de las características que incidían en este carácter era el hecho que los *colegios* ejercían potestades disciplinarias y jurisdiccionales por mandato legal. Al ser consideradas simples asociaciones particulares, que no tienen potestades públicas de sanción, su naturaleza jurídica, obviamente, quedaba reducida a un mero régimen de derecho privado⁴¹¹.

En forma similar al criterio expuesto en el párrafo anterior, el art. 40 del Decreto Ley N° 3.621 estableció expresamente que: “Toda persona que fuere afectada por un acto decoroso, abusivo, o contrario a la ética, cometido por un profesional en el ejercicio de su profesión, podrá recurrir a los Tribunales de Justicia en demanda de la aplicación de las sanciones que actualmente contemplen para estos actos la Ley Orgánica del colegio respectivo o las normas de ética vigentes”. Este artículo se conjugaba con lo establecido en el art. 2° transitorio del Decreto Ley que analizamos, el cual facultó al Presidente de la República para que, dentro del plazo de 6 meses contados desde la publicación del citado Decreto, dictara o modificara “las normas que reglamenten el ejercicio de las profesiones correspondientes a la ética profesional”. No obstante, esta facultad no fue nunca ejercida, y, en tal sentido, la jurisprudencia consideró que debían entenderse aplicables a los conflictos que se suscitaban las sanciones y las normas de ética contenidas en las leyes orgánicas de los respectivos colegios profesionales, vigentes a la fecha del Decreto Ley N° 3.621⁴¹².

Sin perjuicio de lo reseñado, la jurisprudencia nacional fue bastante reiterativa en estimar que los colegios profesionales carecían, desde la dictación del Decreto Ley N° 3.621, de toda capacidad para juzgar y sancionar a sus asociados por supuestas irregularidades éticas, cometidas por sus asociados en el ejercicio de la profesión⁴¹³. Por ejemplo, en un caso específico, relacionado con el Colegio

⁴¹¹ Vid., por todas, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 8 de abril de 1988, RDJ T. LXXXV (1988), sección quinta, p. 44: “La aplicación de una sanción por conductas no contempladas ni en la ley ni en los reglamentos de un colegio profesional referido a su ordenación interna constituye en sí una arbitrariedad (...) pues dicha decisión carece de la necesaria e indispensable fundamentación que la valide o justifique”. Y agrega: “Una sanción de censura dispuesta de modo arbitrario e ilegal, y publicada en el órgano oficial de un colegio profesional que circula entre los profesionales del país y entidades conexas con su actividad e incluso en el extranjero, ocasiona al afectado un grave detrimento a su honra pues tal información lo desacredita y perjudica su buen nombre”.

⁴¹² Cfr. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO de 14 de abril de 1988, RJD T. LXXXV (1988), sección segunda, p. 27.

⁴¹³ Un criterio distinto puede observarse en la sentencia de la CORTE DE APELACIONES

Médico de Chile A.G., la Corte de Apelaciones de Valparaíso consideró que esta entidad “al pretender juzgar a sus asociados por supuestas irregularidades éticas en actuaciones como Directores de Servicios de Salud, ha extendido su competencia a materias que no le corresponden, transformándose, de esta manera, en una verdadera ‘comisión especial’, no legalmente constituida al efecto y sin jurisdicción para conocer de la materia de que se trata, lo cual de suyo vulnera la Constitución (art. 19 N° 3)”⁴¹⁴.

DE SANTIAGO de 20 de enero de 1994, RJD T. XCI (1994), sección quinta, p. 136: “La circunstancia de que los colegios profesionales hayan dejado de ser corporaciones de derecho público, no significa que, como toda corporación privada, no pueda darse sus propios estatutos y reglamentos regulando el comportamiento de sus asociados y estableciendo prohibiciones y sanciones frente a conductas desviadas. Las asociaciones son libres de afiliarse o no a la corporación y si lo hacen no sólo toman conocimiento de las reglas que rigen la institución, sino, además, hay una aceptación expresa o tácita para someterse a ellas. La policía correccional que las corporaciones privadas ejercen sobre sus miembros no las constituyen en comisiones especiales”.

⁴¹⁴ Sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE VALPARAISO de 21 de julio de 1988, RJD T. LXXXV (1988), sección quinta, p. 277. En el considerando tercero del fallo se discurre sobre la base de que si bien los colegios pueden velar por el correcto desempeño profesional de sus asociados y por el prestigio de la profesión, ello jamás importará el otorgarles facultades para fiscalizar las actuaciones de sus asociados dentro del ámbito de las atribuciones que les es lícito ejercer. Por tanto, la única forma de fiscalizar la realización de un trabajo permitido legalmente habría sido por medio de los órganos jurisdiccionales especialmente creados por ley. Otro antecedente jurisprudencial se encuentra en un dictamen de la Fiscalía Regional Económica, de la II Región (cfr. Dictamen de la COMISION RESOLUTIVA N° 186, de 5 de junio de 1985, RJD T. LXXXII (1985), sección sexta, p. 83). Con motivo de avisos publicados en determinados diarios de la Primera Región del país, en el año 1984, y en cuya virtud algunas empresas periodísticas solicitaban contratar periodistas exigiendo su afiliación en el colegio de la orden, la Fiscalía Regional Económica objetó esta publicidad basada en el hecho que estos actos importaban un atentado contra la libre competencia consagrada en la letra e) del art. 2° del Decreto Ley N° 211, de 1973, en aquella parte que se refiere a los hechos o actos concernientes a la libertad de trabajo y a los que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo. El Colegio de Periodistas reclamó de esta resolución amparándose en el D.F.L. N° 630, de 1981, de Justicia, cuyo art. 4° señalaba expresamente que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Ley N° 3.621, para ejercer una determinada profesión será necesario cumplir con los requisitos que establezca la legislación vigente y con los que actualmente establece la ley orgánica del respectivo colegio profesional para inscribirse en sus registros, aun cuando esa ley quede derogada como consecuencia de lo establecido en el artículo 1° transitorio del decreto ley ya citado”. A juicio de la entidad gremial, las normas transcritas implicaban que sólo podrían ejercer como periodistas aquellos que hubiesen estado inscritos en el antiguo colegio a la fecha de su término, y quienes estuvieran en posesión del título de periodista otorgado por la Universidad de Chile u otra reconocida por el Estado. No obstante la objeción planteada por el Colegio de Periodistas, la Comisión Preventiva Regional estimó que el mencionado art. 4° del D.F.L. N° 630, de 1981, lo único que establecía era la necesidad de que para ejercer la profesión de periodista se hubiesen cumplido los requisitos que señalaba la ley orgánica de dicho ex colegio para inscribirse en sus registros. Del mismo modo, la resolución expresó que la norma en comento no hacía más que confirmar el criterio esbozado en el art. 2° del Decreto Ley N° 3.621, en el sentido que no podrá ser requisito para ejercer una profesión el estar afiliado o pertenecer a un colegio profesional. Vid. a mayor abundamiento Resolución N° 137, de 6 de enero de 1983, de la COMISION RESOLUTIVA, RJD T. LXXXI (1984),

3.4.3. Las asociaciones gremiales y el Decreto Ley N° 2.757, de 1979

De conformidad con lo establecido en el art. 1° del Decreto Ley N° 2.757, se consideraron asociaciones gremiales “las organizaciones constituidas en conformidad a esta ley, que reúnan personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades”. De esta manera, las asociaciones gremiales se alzaron como una creación bastante novedosa del ordenamiento jurídico chileno, el cual, amparándose en la figura del derecho de asociación, admitió la creación de entidades distintas de las reguladas por el Código Civil o Comercial, o por la legislación laboral.

En la definición que escoge el art. 1° del Decreto Ley N° 2.757 vemos otra decisión del legislador del régimen militar, cual es la de uniformar las organizaciones que se fundamentan en la profesión, el oficio o la rama de productividad o servicios. Aquí es posible advertir que ese legislador se inclinó por un concepto de profesión más vinculado al desarrollo de una actividad económica, más que aquel que diga relación con la obtención de un título académico. Se trata, por lo tanto, de una visión más amplia que intenta englobar otros elementos más cercanos a la actividad laborativa en general.

La opción del Decreto Ley N° 2.759 observa un cambio en relación con la antigua legislación chilena. Esta, cuando se refería a los trabajadores organizados, utilizaba de inmediato la figura de los sindicatos; cuando se hablaba de profesionales organizados, se acudía a los colegios correspondientes. Si se deseaba constituir una entidad de empleadores o de otro tipo, se acudía a la regulación de las personas jurídicas de derecho privado que establecía el Título XXXIII del Código Civil⁴¹⁵. No obstante, aquí pareciera que lo que se intentó es justamente lo contrario: evitar organizaciones específicas, fortalecidas por el hecho del registro obligatorio, que representen al mundo social. De este criterio reformador, quizás los únicos que lograron subsistir, con todas las variantes que cabían, fueron las organizaciones sindicales propiamente tales. Por ello, no debe llamar la atención que la definición que da el art. 1° del Decreto Ley N° 2.757 sea tan amplia. Allí se comprende al mayor número de organizaciones, distintas de las agrupaciones sindicales, que se vinculan con el mundo social⁴¹⁶.

sección sexta, p. 7, en que se ratifica que los arquitectos no tienen obligación de acompañar a la solicitud de permisos municipales los contratos de prestación de servicios profesionales previamente visados por el Colegio de Arquitectos de Chile.

⁴¹⁵ Cfr. SEPULVEDA BUSTOS, cit., p. 43.

⁴¹⁶ En un principio, según se desprende de los considerandos del Decreto Ley citado, la finalidad del legislador al reconocer a estas entidades nuevas, que denominó organizaciones gremiales, fue, entre otras, la de incorporar como interlocutor reconocido a uno de los actores de las relaciones laborales como son las organizaciones de empresarios y así dejarlas insertas orgánicamente en el ordenamiento jurídico nacional. La verdad es que los sectores

Esta concepción amplia sirvió, durante la vigencia del texto original de la Carta de 1980, para que los colegios profesionales fueran asimilados a un nuevo tipo jurídico denominado organizaciones gremiales. Estas entidades, de naturaleza jurídica especial, estaban construidas con elementos fundamentalmente del derecho privado, sin perjuicio de la connotación que adquieren para el Derecho público. Mediante ellas, el legislador del régimen militar les otorgó una estructura similar a la utilizada para el caso de las organizaciones sindicales, aún cuando sus vínculos con el derecho de asociación eran evidentes.

Estas organizaciones gremiales les sirvieron a los redactores del Decreto Ley N° 3.621, de 1981, para construir una nueva categoría de colegios profesionales. Estos ya no eran personas jurídicas de derecho público, con funciones *para estatales* íntimamente asociadas a las finalidades del propio poder público. Ahora se pretendía concebirlas como simples personas jurídicas, de derecho privado, y despojadas de sus funciones en materia de afiliación obligatoria, jurisdicción y disciplina.

4. La configuración de los colegios profesionales tras la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050)

La reforma constitucional del año 2005 (Ley N° 20.050) modificó la parte final del inciso cuarto del art. 19 N° 16 de la Carta Fundamental, agregando una nueva redacción en materia de profesiones universitarias y *colegios profesionales*.

de empresarios existentes en el país ya tenían una organización interna, cuya primera asociación surge con la creación de la Sociedad Nacional de Agricultura. Luego nacieron a la vida jurídica instituciones como la Cámara Central de Comercio, la Sociedad de Fomento Fabril y la Sociedad Nacional de Minería, entre otras. Todas estas organizaciones surgieron al amparo de la legislación existente en el Título XXXIII del Código Civil, y representaron un interlocutor válido en la confección de grandes políticas sociales con las autoridades correspondientes. Por tanto, no parecía tan vital entregarles una personalidad jurídica diversa, desde el punto de vista legal, para que pudieran actuar como interlocutores reconocidos o válidos. Distinto es el caso si lo que se pretende es asimilarlas con las organizaciones sindicales. Pero en dicho evento, perfectamente el legislador podría haber permitido la sindicación para el sector empresarial tal como lo establecía la antigua legislación laboral chilena, contenida en el Código de 1931. Lo anterior queda demostrado con el hecho que determinados grupos de empleadores aprovecharon la franquicia que otorgaba el art. 366 del antiguo Código del Trabajo de 1931, que establecía que los sindicatos podían ser de patrones, empleados u obreros, y en dicha virtud formaron organizaciones bajo el amparo de la legislación existente para los sindicatos. De esta manera, la antigua legislación laboral chilena reconocía que la institucionalidad sindical no sólo era aplicable a los trabajadores, sino que, también, cabía para el caso de empresarios o empleadores. Este mismo criterio siguió la Ley N° 16.625, sobre sindicación campesina, la cual hizo aplicable su normativa para el caso de los empleadores agrícolas a fin de que constituyeran las organizaciones que estimaren convenientes. Con todo, cabe tener presente que aun cuando el Código de 1931 también concedió a los empleadores la facultad de constituirse bajo la figura de organizaciones laborales, éstas vinieron a establecerse una vez que ya se encontraba asentado plenamente el movimiento sindical de los trabajadores. De esta forma, lo primero que surge en Chile, en materia de asociacionismo sindical, es la agrupación de trabajadores. Posteriormente, se observa la aparición de organizaciones de empresarios.

El texto respectivo quedó redactado en los siguientes términos: “La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplir para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”⁴¹⁷.

Si bien es cierto que esta modificación tuvo su origen en un veto aditivo del Presidente de la República⁴¹⁸, durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.050 se verificaron una serie de propuestas en esta misma línea, las cuáles no prosperaron por un simple problema de quórum en la Cámara de Diputados. En efecto, la Comisión de Constitución del Senado ya había propuesto una redacción muy similar a la que posteriormente se incorporó en la Carta Fundamental, cuestión que fue aprobada por la Sala. Al no conseguirse el acuerdo de la Cámara de Diputados, el pleno de la Sala del Senado, en sesión de 13 de julio de 2005, solicitó formalmente al Poder Ejecutivo que repusiera esta norma por la vía del veto, tal como ocurrió posteriormente⁴¹⁹.

En rigor, los antecedentes de esta reforma se remontan a una moción parlamentaria presentada por los senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con la que iniciaron un proyecto de reforma constitucional sobre elecciones de diputados y senadores, composición del senado, integración y atribuciones del

⁴¹⁷ El párrafo recién transcrito debe ser relacionado con la disposición vigésima transitoria, también agregada por la Ley de reforma constitucional N° 20.050, de 2005: “En tanto no se creen los tribunales especiales a que alude el párrafo cuarto del número 16 del artículo 19, las reclamaciones motivadas por la conducta ética de los profesionales que no pertenezcan a colegios profesionales, serán conocidas por los tribunales ordinarios”.

⁴¹⁸ Vid. Mensaje de S.E. el Presidente de la República mediante el cual formula observaciones al proyecto de reforma constitucional que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de Tratados Internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional, y otras materias que indica (boletín N° 2526-07 y 2534-07). DIARIO DE SESIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, sesión 32ª, de 17 de agosto de 2005, pp. 53 y ss.

⁴¹⁹ Vid. la intervención del H. Senador Zaldívar (Andrés) en DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, sesión 15ª, de 13 de julio de 2005, p. 1232: “sólo quiero hacer constar que pedimos al ejecutivo reponer lo aprobado por el Senado en relación con los colegios profesionales (...) En la Cámara de Diputados hubo al respecto, o falta de información, o un debate incompleto. Entonces, me parece que debemos insistir en nuestra disposición. Por eso, pido al Ejecutivo que en el veto restablezca lo que aprobamos en su oportunidad”. De igual modo, vid. la parte expositiva del veto formulado por el Ejecutivo al control ético de los colegios profesionales: “La voluntad política es apoyar el texto original gestado en el Senado, particularmente por la naturaleza de su origen, fundado en audiencias a múltiples colegios profesionales que concurrieron a apoyar esta fórmula, sin perjuicio de ser susceptible de perfeccionamiento futuro”, DIARIO DE SESIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, sesión 32ª, de 17 de agosto de 2005, p. 57.

tribunal constitucional, fuerzas armadas y consejo de seguridad nacional, plebiscito y otras materias (boletín N° 2434-07). En dicha moción se agregaba en el inciso 4° del numeral 16 del art. 19, una nueva oración final del siguiente tenor: “La ley establecerá la forma y condiciones a través de las cuales los colegios profesionales realizarán el control ético sobre sus asociados”⁴²⁰. Esta moción era congruente con otra iniciativa legal (boletín 2260-07) propuesta por los senadores Matta, Ruiz De Giorgio, Ruiz-Esquide y Zaldivar (Andrés), quienes proponía una redacción alternativa en los siguientes términos: “Tal ley podrá exigir para el ejercicio de dichas profesiones la afiliación obligatoria al respectivo colegio profesional, el que deberá velar, en conformidad a la ley, por el ejercicio ético de la respectiva actividad profesional”⁴²¹.

En síntesis, se trata de una reforma ampliamente aceptada en el Senado y que, posteriormente, fue recogida en el veto que el Presidente de la República formuló al proyecto que dio origen a la Ley N° 20.050.

4.1. El concepto de profesión

La configuración constitucional de las profesiones parte de un dato inicial: todos tienen libertad para elegir una profesión, pero su ejercicio puede ser objeto de regulaciones⁴²². De allí que la Constitución establezca que la “ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”. Y dicha ley deberá contener las decisiones esenciales sobre los presupuestos, circunstancias y efectos de las intervenciones que se requieran, sin que quepa reconocerle competencia sobre estos aspectos al ámbito propio de la potestad reglamentaria⁴²³.

⁴²⁰ Cfr. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 7ª, de 4 de julio de 2000, pp. 1274 y ss.

⁴²¹ Cfr. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 12ª, de 6 de noviembre de 2001, pp. 1378 y ss.

⁴²² Cfr. SAINZ MORENO, “Colegios”, cit., p. 511. Vid. también FANLO LORAS, “Encadre histórico”, cit., p. 107: “La profesión antes libre se convierte en *profesión regulada*. Esa ley debe contemplar, como mínimo, la titulación requerida (...) el ámbito de las atribuciones profesionales (...) los derechos y obligaciones de los profesionales, las normas deontológicas en sus aspectos esenciales”. Vid. también TOVILAR ALAS, cit., p. 1350, según el cual ni siquiera la saturación profesional podría justificar el establecimiento de normas que entorpezcan la libre elección de la profesión u oficio que tiene todo individuo.

⁴²³ Vid. BRAGE CAMAZANO, cit., p. 21. Vid. también HERRERO DE MIÑÓN, Miguel y FERNANDEZ DEL VALLADO, Juan, *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Civitas, Madrid 1997, pp. 39 y ss. A mayor abundamiento MUÑOZ MACHADO, PAREJO ALFONSO y RUILOBA SANTANA, cit., p. 123: “en todo caso, es exigible que la ley contenga los elementos fundamentales de la regulación de la materia de que se trate, de manera que el reglamento no sea sino una pormenorización de sus preceptos, sin añadir nuevas cuestiones sustantivas al margen de las previstas en la ley misma. En el caso de la

La libre elección de la profesión, y el ejercicio de la misma, constituyen una realidad unitaria, aún cuando habrá que reconocer que el ámbito vinculado a la libre elección tiene mayor autonomía que el ejercicio mismo. En este contexto, la exigencia que formula la Constitución en orden a regular el ejercicio de la profesión radica en la esfera social que presenta la misma. El ejercicio profesional se encuentra íntimamente vinculado a una serie de derechos relevantes para el ente social, y el sistema no podría permitir un ejercicio irresponsable que generara daño a terceros o que lesionara otros valores relevantes consagrados en la Constitución⁴²⁴.

El término profesión no está definido en la Constitución, pero no cabe duda que se trata de algo más que un mero oficio, hábito o actividad económica. De alguna forma, se parte de la base de que constituye una noción ya acuñada, que tiene un sentido, y que se distingue de otras actividades por el fin y por el modo en que se ejecuta⁴²⁵. Desde esta perspectiva, toda profesión tiene aparejada una imagen típica perfectamente determinada, en que el contenido, los límites de la actividad, así como las condiciones técnicas y personales, se encuentran conectados entre sí⁴²⁶.

En clave constitucional, la regulación de las profesiones en conjunto con la libertad de trabajo no es casual. Deja en evidencia que el ejercicio profesional se relaciona con valores constitucionales relevantes que obligaron a regular su ejercicio en razón del interés nacional comprometido en ellas. Ciertas profesiones no pueden ejercerse de cualquier manera, cuestión que obliga a establecer regulaciones y, en algunos casos, aceptar el monopolio del ejercicio en aquellos que están en posesión de un título universitario. De esta forma, la profesión representa el ejercicio de funciones relevantes para el orden social, en que el

regulación del ejercicio de las profesiones, es la ley la que debe contener las determinaciones básicas”.

⁴²⁴ Cfr. MUÑOZ MACHADO, PAREJO ALFONSO y RUILOBA SANTANA, cit., pp. 118 y s. Vid. también GAY FUENTES, Celeste, “La regulación del ejercicio de la profesión periodística”, RAP N° 126 (1991), p. 392; y ORTEGA TRECEÑO, Jesús V., “Un caso de aplicación por el Tribunal Supremo de la reserva de ley para regular el ejercicio de las profesiones tituladas contenidas en el artículo 36 de la Constitución”, REDA N° 42 (1984). Vid. además MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”, en MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (coordinador), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid 1996, p. 317: “Hoy no se duda que la regulación profesional es una competencia del Estado”.

⁴²⁵ Cfr. SAIZ MORENO, “Colegios”, cit., pp. 511 y s. Aún cuando no existe un desarrollo muy acabado del significado jurídico de la profesión desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, no cabe duda que la misma resulta esencial dentro de los derechos de la personalidad. Como señala un autor, la “profesión singulariza a la persona al añadir cualidad a su nombre” y constituye un requisito esencial para el desempeño de ciertos cargos con potestades públicas (vid. LOPEZ JACOITE, cit., p. 920).

⁴²⁶ Vid. MUÑOZ MACHADO, PAREJO ALFONSO y RUILOBA SANTANA, cit., p. 119.

profesional se alza como un experto que tiene la experiencia y el conocimiento suficiente para resolver bienes jurídicos esenciales de las personas tales como la salud, la justicia, la vivienda, entre otros. El que ejerce una profesión, debe tener las condiciones necesarias de idoneidad y aptitud para satisfacer demandas mínimas vinculadas a bienes jurídicos esenciales, de forma tal que la sociedad puede confiar en su desempeño⁴²⁷. Y tan relevante son estos bienes jurídicos, que el propio legislador ha penalizado el ejercicio ilegal de ciertas profesiones, por entender que ellas son ejecutadas por personas que carecen de la idoneidad necesaria para ello.

El texto constitucional distingue, implícitamente, dos tipos de *profesiones*: las que requieren grado o título universitario y las que no lo necesitan. Las primeras son las *profesiones tituladas* y las segundas las *profesiones libres*. Si además la Constitución hubiese exigido la colegiatura obligatoria, entonces estaríamos hablando, adicionalmente, de *profesiones colegiadas*; pero resulta evidente que la integración al colegio no se realiza automáticamente a partir del concepto de profesión titulada⁴²⁸.

Cuando se le otorga mandato al legislador para determinar las condiciones en que deba cumplirse el ejercicio de la profesión, ello supone distinguir varios niveles de regulación⁴²⁹. Si se trata de *profesiones tituladas*, las exigencias comenzarán por la obtención de un título, cuestión que no obsta a que ésta u otras *profesiones libres* sean objeto de licencias, permisos o autorizaciones administrativas o tributarias para ejercerlas⁴³⁰. Dichas autorizaciones, más que regular el ejercicio de una profesión, lo que hacen es modelar el campo de acción, imponiendo condiciones básicas de funcionamiento y operación.

Las *profesiones tituladas* se destacan por la exigencia de un título académico de nivel superior. Dicho instrumento acredita una cualificación formal en el

⁴²⁷ Vid. en esta línea el planteamiento del profesor Lautaro Ríos durante la discusión parlamentaria de esta materia: “el control de la ética de una profesión no concierne a los colegiados ni al colegio, sino a la sociedad toda. Esta es el sujeto activo del control ético, es decir, el correcto ejercicio de todas las profesiones universitarias”, DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 12ª, de 6 de noviembre de 2001, p. 1384.

⁴²⁸ Cfr. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, cit., p. 22. Y agrega en p. 23: “Lo que sucede, más bien, es que determinadas profesiones tituladas (...) cumplen, a juicio del legislador, una ‘misión de servicio público’, esto es, su ejercicio reviste para los ciudadanos una especial trascendencia o interés”.

⁴²⁹ Cabe aclarar que el legislador no tiene absoluta libertad para reconocer o suprimir determinadas profesiones. En el propio texto constitucional existen referencias expresas, por ejemplo, a la profesión de *abogado* (v. gr., entre otros, el art. 98, en relación con el cargo de contralor; el art. 96, en caso de la composición de los tribunales electorales; el art. 92, en el caso de los miembros del Tribunal Constitucional; el art. 85, para el caso del Fiscal Nacional; y el art. 78, para el caso de los miembros de la Corte Suprema).

⁴³⁰ Cfr. SAINZ MORENO, “Colegios”, cit., p. 515. Vid. también FANLO LORAS, “Enquadre histórico”, cit., p. 104; y VILLAR PALASI y VILLAR EXCURRA, cit., pp. 1398 y ss.

sentido que el profesional ha cursado y aprobado los estudios correspondientes para poder iniciar el ejercicio respectivo⁴³¹. Y esta facultad de otorgar títulos el legislador se la ha conferido a los establecimientos de educación superior reconocidos oficialmente⁴³².

El título, por tanto, es el instrumento jurídico que le permite al profesional ostentar una preparación especial para ofrecer prestaciones propias de su ciencia o arte o para un adecuado desempeño profesional⁴³³. De alguna forma, la sociedad le asegura a todos los ciudadanos que la obtención de un título certifica un cierto nivel de calidad en la prestación, aún cuando el profesional deba someterse a otro tipo de exigencias complementarias para ejercer en un ámbito determinado⁴³⁴.

⁴³¹ Cfr. SILVA BASCUÑAN, “¿Deben suprimirse”, cit., p. 46. Vid. también HERRERO DE MIÑON y FERNANDEZ DEL VALLADO, cit., p. 26: “El concepto constitucional de profesión titulada queda, en efecto, circunscrito a aquella profesión ‘para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título oficial’”.

⁴³² Cfr. art. 31 de la Ley N° 18.962, orgánica constitucional de educación (D. O. de 10 de marzo de 1990). El inciso quinto y sexto del mencionado art. 31 señala expresamente que: “Corresponderá exclusivamente a las universidades otorgar títulos profesionales respecto de los cuales la ley requiere haber obtenido previamente el grado de licenciado en las carreras que impartan (inciso quinto). No obstante, el otorgamiento del título profesional de abogado corresponderá a la Corte Suprema de Justicia en conformidad a la ley”. Por su parte, el inciso tercero del art. 52 de la Ley N° 18.962, señala que los títulos profesionales que requieren haber obtenido el grado de licenciado, son los siguientes: “a) Título de abogado; Licenciado en Ciencias Jurídicas; b) Título de Arquitecto; Licenciado en Arquitectura; c) Título de Bioquímico; Licenciado en Bioquímica; d) Título de Cirujano dentista; Licenciado en Odontología; e) Título de Ingeniero Agrónomo; Licenciado en Agronomía; f) Título de Ingeniero Civil; Licenciado en Ciencias de la Ingeniería; g) Título de Ingeniero Comercial; Licenciado en Ciencias Económicas o Licenciado en Ciencias de la Administración de Empresas; h) Título Ingeniero Forestal; Licenciado en Ingeniería Forestal; i) Título de Médico Cirujano; Licenciado en Medicina; j) Título de Médico Veterinario; Licenciado en Medicina Veterinaria; k) Título de Psicólogo; Licenciado en Psicología; l) Título de Químico Farmacéutico; Licenciado en Farmacia; m) Título de Profesor de Educación Básica; Licenciado en Educación; n) Título de Profesor de Educación Media en las asignaturas científico-humanista; Licenciado en Educación; ñ) Título de Profesor de Educación Diferencial; Licenciado en Educación; o) Título de Educador de Párvulos; Licenciado en Educación; p) Título de Periodista; Licenciado en Comunicación Social; y q) Título de Trabajador Social o Asistente Social; Licenciado en Trabajo Social o en Servicio Social, respectivamente”.

⁴³³ En palabras del inciso noveno del art. 31 de la Ley N° 18.962: “El título profesional es el que se otorga a un egresado de un instituto profesional o de una universidad que ha aprobado un programa de estudios cuyo nivel y contenido le confieren una formación general y científica necesaria para un adecuado desempeño profesional”.

⁴³⁴ Así ocurrió, por ejemplo, con un arquitecto contratista que fue eliminado de un Registro: “La imposibilidad de presentarse un arquitecto contratista a licitaciones en contratos de construcción de obra pública por haber sido suspendida su inscripción en el Registro respectivo, por resolución competente, no constituye vulneración de las garantías de libertad de trabajo y desarrollo de una actividad económica lícita, desde que al recurrente no se le ha cancelado su título profesional ni se le impide realizar obras para terceros, por lo cual él puede ejercer y ejecutar el oficio propio de su ciencia y arte”. Vid. sentencia de la CORTE DE APELA-

Lo anterior no impide sostener que el ejercicio ético de la profesión ampara una cierta discrecionalidad técnica y prudencial, que le permite al profesional optar por los medios lícitos que estime más idóneos para alcanzar los fines profesionales⁴³⁵. Asimismo, obstáculos arbitrarios o irrelevantes al uso de los medios elegidos por el profesional, siempre y cuando sean lícitos, también deberán ser rechazados⁴³⁶.

Con todo, habrá que concordar que el legislador no tiene una facultad absoluta para convertir cualquier profesión libre en profesión titulada. Toda exigencia de titulación supone un límite a la libertad personal y de trabajo, razón por la cual la decisión del legislador debe ser razonada y evitando que la creación de una profesión titulada sea el resultado de una mera presión corporativa⁴³⁷.

4.2. La irrupción de una nueva figura constitucional: los colegios profesionales

Sin describirla expresamente, y sin pronunciarse de manera formal sobre su naturaleza jurídica, la reforma introducida por la Ley N° 20.050 agregó una nueva figura constitucional: los *colegios profesionales*. Esta incorporación constituye toda una novedad si se le compara con las Constituciones de 1833 y de 1925 ya que, salvo el Acta Constitucional N° 3, de 1976, no había existido en los Códigos Políticos chilenos referencias tan específicas a este tipo de figuras⁴³⁸. De esta manera, la Constitución chilena admite una tipología organizativa vinculada al *principio de especialización funcional*⁴³⁹, y que le permite tutelar intereses objetivos que emanan del ejercicio de la profesión⁴⁴⁰.

CIONES DE PUERTO MONTT de 28 de mayo de 1987, RDJ T. LXXXIV (1987), sección quinta, p. 212.

⁴³⁵ Vid. LOPEZ JACOISTE, cit., p. 931: “Una considerable libertad de elección de instrumentos y caminos, de tratamientos y soluciones, de técnicas y estrategias es, profesionalmente, inexcusable. (...) Pero esa discrecionalidad no puede menos de tener unos confines precisos, un marco que la rodee y la destaque, mediante específicas responsabilidades”.

⁴³⁶ Cfr. en esta línea la sentencia de la CORTE DE APELACIONES PRESIDENTE AGUIRRE CERDA de 10 de agosto de 1987, RDJ T. LXXXV (1987), sección quinta, p. 233: “No admitir la autoridad administrativa en un procedimiento administrativo laboral la intervención de abogado que representa debidamente a quien ha sido citado en audiencia pero no comparece personalmente por encontrarse enfermo y con reposo absoluto por prescripción médica, constituye respecto de dicho profesional una manifiesta privación arbitraria de su libertad de trabajo”.

⁴³⁷ Vid. con matices CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, cit., p. 37: “La determinación de las profesiones que deban ser ‘protegidas’ a través de la correspondiente organización colegial es algo que cae ya dentro de la discrecionalidad del legislador que ha de valorar cuando se da el interés público necesario para ello”.

⁴³⁸ Sobre la inconveniencia de constitucionalizar este tipo de materias vid. SANCHEZ SAUDINOS, cit., p. 28.

⁴³⁹ Cfr. BORRAJO DACRUZ, “Sindicatos”, cit., p. 96.

⁴⁴⁰ Parte de la doctrina, incluso, ha sostenido que esta figura de los *colegios* armonizaría con

El reconocimiento de los *colegios profesionales* hace referencia a un concepto que no encuentra correlato específico en el léxico, a pesar que el diccionario de la lengua española asimila la palabra *colegio* a una sociedad o corporación de hombres de la misma dignidad o profesión. Es como si la Constitución subentendiera la existencia de un concepto para esta institución, de forma tal que la referencia del inciso cuarto del numeral 16 no debiera haber generado inconveniente para los redactores de la reforma constitucional. En este contexto, la idea de *colegio profesional* va amarrado a un cierto perfil, a una imagen social, de la cual se desprenden una serie de notas distintivas.

Lo anterior, como ocurre en numerosos otros ejemplos constitucionales, obliga a concluir que la Carta Fundamental no define qué debemos entender por colegios profesionales; tampoco les asigna una naturaleza pública o privada *apriorística*⁴⁴¹. Ni siquiera propone un diseño constitucional de estas figuras⁴⁴². Simplemente, indica que existe un tipo de ente íntimamente vinculado a la libertad de trabajo –de allí su incorporación en numeral 16 del art. 19- que asume facultades para controlar la ética profesional de sus miembros. Y ello no es más que la respuesta

una característica general de la estructura sociológica chilena: “El constituyente no pudo desconocer el sentido de esta evolución y, si en 1874 se contentó con proclamar el derecho de asociación, en 1971 elevó a la Carta Fundamental las bases del Sindicalismo y estimuló a todas ‘las organizaciones sociales mediante las cuales el pueblo participa en la solución de sus problemas y colabora en la gestión de los servicios’ (Nº 14 y 16 del art. 10 modificados por ley Nº 17.398)”. Vid. SILVA BASCUÑAN, “¿Deben suprimirse”, cit., p. 44.

⁴⁴¹ Tal como se explicó en la parte preliminar de este capítulo, la naturaleza jurídica de los colegios profesionales ha transitado sobre la base de tres alternativas posibles: (i) La *tradicional*, que ve en ellos a verdaderas personas jurídico-públicas, integradas en la organización del Estado; (ii) La que vincula a los colegios con personas jurídico-públicas, aunque no encuadradas en la organización estatal, y separadas de la Administración del Estado; y (iii) La que los vincula con corporaciones sectoriales de base privada que ejercen por delegación determinadas funciones públicas. Esta última alternativa es la que parece asumir la reforma constitucional introducida por la Ley Nº 20.050, de 2005, ya que respetando su constitución privada le asigna a los *colegios* funciones públicas de tutela de la profesión y, en definitiva, de protección de derechos fundamentales vinculados al ejercicio de esa profesión. Esta realidad *bifronte* permite que los colegios participen de una cierta *dimensión pública*, aún cuando ello no les alcanza para constituirse en Administración Pública. Para un análisis de la discusión sobre la naturaleza jurídica de los *colegios* vid., por todos, FANLO LORAS, *El debate*, cit., pp. 31 y ss. Vid. también las argumentaciones a favor de la tesis de que los colegios serían corporaciones sectoriales de base privada en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 8ª edición, T. I, Civitas, Madrid 1997, pp. 381 y ss.

⁴⁴² Sobre las consecuencias que este tipo de regulaciones adquieren en los textos constitucionales comparados, vid. GARCIA MURCIA, “Derecho de sindicación”, cit., p. 162: “En efecto, a partir de ese precepto (se refiere al art. 36 de la Constitución española), los colegios alcanzan impronta constitucional y se sitúan entre las organizaciones que cuentan con engarce expreso en la Constitución. Ello constituye, sin duda, un muy consistente respaldo a su existencia y actividad. Pero las organizaciones colegiales no llegan, sin embargo, a revestir la importancia de otras entidades representativas de intereses que, como los partidos políticos o los sindicatos y asociaciones empresariales, también están previstas constitucionalmente y que, a diferencia de los colegios, se encuentran entre las instituciones centrales del sistema constitucional”.

que plantea el ordenamiento constitucional a la tensión generada entre *libertad profesional* y calidad de los servicios especializados.

Esto deja en evidencia que los *colegios profesionales* no son una mera figura del derecho de asociación o de sindicación; si así fuera, la reforma de la Ley N° 20.050 carecería de todo sentido práctico. A fin de cuentas, el art. 19 N° 15 y N° 19 de nuestro Código Político permiten estructurar organizaciones profesionales distintas de los *colegios*, razón por la cual la reforma habría terminado siendo redundante. De allí que habrá que reconocer que su incrustación en el texto constitucional convierte a los *colegios* en entes de una naturaleza muy distinta de aquella que explica el funcionamiento de los sindicatos o del mero derecho de asociación, dejando en evidencia que el legislador no puede desconocer que los *colegios* constituyen una opción organizativa institucional de las profesiones tituladas⁴⁴³.

La redacción de la nueva norma, el contexto en que se inserta, así como por las finalidades que persigue, conllevan naturalmente a sostener que la referencia constitucional a los *colegios* se acerca (aunque no completamente) a la lógica de las entidades *paraestatales* que se crearon bajo el amparo de la Carta de 1925⁴⁴⁴. Esa lógica se caracterizaba por la circunstancia de que los *colegios* colaboraban con el Estado en la consecución de finalidades vinculadas al interés nacional y al bien común⁴⁴⁵. Dentro de este razonamiento, al Estado no le era indiferente que el ejercicio de ciertas profesiones, que resguardaban valores esenciales, se efectuara de manera poco idónea. Para remediar conductas no aptas profesional-

⁴⁴³ Cfr. FANLO LORAS, “Encuadre histórico”, cit., p. 80.

⁴⁴⁴ Vid. ZUÑIGA URBINA, Francisco, “Derechos fundamentales y garantías en la reforma constitucional”, en *La Constitución reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago 2005, p. 151: “la reforma constitucional dota a los colegios profesionales de una ‘jurisdicción’ más que ‘doméstica’ frente a sus miembros, al devenir los colegios en personas jurídicas que ejercen una función pública *ope constitutiones*”. Incluso, durante la discusión parlamentaria, el H. senador Parra estimó que la figura de los colegios debía asimilarse a la personas de derecho público: “No puede colegirse, dijo, que la existencia de los colegios profesionales como personas de derecho público haya quedado excluida o prohibida por la norma constitucional”. Vid. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 12ª, de 6 de noviembre de 2001, p. 1387. La vinculación entre *colegios profesionales* y *asociaciones intermedias* que contribuyen por su propia servicialidad al Estado, puede consultarse en RIOS ALVAREZ, “Los colegios”, cit., 185.

⁴⁴⁵ En este sentido, los *colegios* actuarán en una zona acotada del Derecho público. Pero ello no impide que realicen otro tipo de actuaciones propias del orden civil. “Por ello, sus contratos, el régimen de sus bienes, las relaciones con su propio personal, las actividades encaminadas a mantener la cohesión del grupo o a conseguir ventajas o facilidades para sus miembros”, no deben por qué regirse por el Derecho administrativo. Sobre el particular, vid. BAENA DEL ALCAZAR, “Una primera aproximación”, cit., pp. 64 y s. Vid. también GARCIA MURCIA, “Derecho de sindicación”, cit., p. 167, el cual alude a la concepción mixta o bifronte de los colegios. Y agrega en p. 168: “El carácter público no llega a eliminar, desde luego, la base personal y profesional del colegio ni la dimensión privada de parte de las funciones que finalmente asume, pero sí va a condicionar directamente la naturaleza de esa forma de organización profesional, que va a estar notablemente publicitada”.

mente, requirió el concurso de los *colegios*, en el entendido que estas entidades tenían la capacidad para controlar de manera más eficaz y adecuada el ejercicio profesional⁴⁴⁶.

Por cierto, en el diseño pre establecido por la Ley N° 20.050, la figura de los *colegios* se encuentra estrechamente vinculada a la regulación legal que se dicte al efecto. Será una norma jurídica con rango de ley –y no la manifestación de la potestad reglamentaria⁴⁴⁷- la que determine sus exactas atribuciones y naturaleza; pero dicha ley no podrá en caso alguno negar el carácter especialísimo que tienen estas figuras a partir de la reforma constitucional de 2005⁴⁴⁸. Dicho carácter especialísimo no los convierte en Administración Pública⁴⁴⁹, pero tampoco las asimila a una mera entidad de derecho privado desligada de finalidades *paraestatales*⁴⁵⁰. Y allí radica, en parte, la singularidad de la reforma constitucional del año 2005 toda vez que admite a los colegios como una figura distinta del sistema general de asociaciones que tienen a su cargo tareas que en rigor le corresponderían a la Administración, tales como la ordenación del ejercicio profesional y la defensa y representación de la profesión.

4.3. Las facultades relacionadas con infracciones a la ética profesional

La condición de profesional se encuentra indisolublemente unida al *principio de responsabilidad*. Ya sea en régimen de dependencia laboral o funcional,

⁴⁴⁶ Vid. FANLO LORAS, “Encuadre histórico”, cit., p. 73: “Allá donde sea necesario salvaguardar estos intereses públicos la alternativa es la opción por un modelo de gestión burocrática (encomendada a órganos de la propia Administración) o la creación de colegios profesionales en los que se integren los profesionales afectados, sujetos al control y disciplina de su colegio”. Y agrega en p. 79: “El ámbito de libertad del legislador, cuando existan razones de interés público que hagan necesaria la protección de determinados valores de terceros en relación con el ejercicio de profesiones tituladas, se manifiesta en la opción entre un modelo de *gestión directa* por la Administración o la *fórmula colegial* (burocracia versus autoadministración)”.

⁴⁴⁷ Cfr. HERRERO DE MIÑON y FERNANDEZ DEL VALLADO, cit., pp. 20 y s.

⁴⁴⁸ Cfr. ZUÑIGA URBINA, “Derechos fundamentales”, cit., p. 154.

⁴⁴⁹ Cfr. SANCHEZ SAUDINOS, cit., p. 81. Vid. también SAINZ MORENO, Fernando, “Ejercicio privado de funciones públicas”, RAPN° 100-102 (1983), p. 1783; y MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, “Colegios y organizaciones profesionales”, RDPOL N° 36 (1992), p. 231.

⁴⁵⁰ Vid. SAINZ MORENO, “Colegios”, cit., pp. 561 y s.: “tienen delegadas algunas funciones públicas (los colegios, esencialmente, la disciplina profesional), pero no por ello pasan a ser entidades administrativas ‘strictu sensu’, continúan siendo, por el contrario entidades que se rigen por el derecho privado en todo cuanto excede de esas delegaciones”; y MUÑOZ MACHADO, PAREJO ALFONSO y RUILOBA SANTANA, cit., p. 147: “aunque los colegios, en tanto que antes representativos de base privada, no son, desde luego, Administraciones públicas, sí actúan en ocasiones como entes delegados de las mismas para desarrollar, por su encargo, algunas competencias”. Vid. una posición diversa en FANLO LORAS, “Encuadre histórico”, cit., pp. 96 y ss.

o bien en forma autónoma⁴⁵¹, al profesional le corresponde impartir servicios, diligencias y certidumbres que lo obligan a un nivel de diligencia significativamente mayor al cumplimiento de cualquier otro oficio⁴⁵². Una infracción o un actuar negligente resulta tan relevante, que es preciso controlar el ejercicio profesional conforme a pautas de comportamiento propios de la ciencia o arte que se profesa.

La reforma constitucional de 2005 supuso, en esta perspectiva, un avance en materia de regulación de la ética profesional, otorgándole a los *colegios* la facultad de controlar el comportamiento profesional de sus asociados. Desde luego, antes de la reforma, los colegios profesionales también podían sancionar infracciones a sus respectivas *normas deontológicas*, pero el efecto de dichas sanciones no pasaba de la mera lógica del derecho de asociación: el profesional infractor jamás podría verse afectado en el ejercicio mismo de su profesión⁴⁵³. El Decreto Ley N° 3.621, de 1981, había señalado categóricamente que si una persona se veía afectada por un acto desdoroso, abusivo o contrario a la ética el único procedimiento aplicable era aquél que lo obligaba a recurrir ante un tribunal de justicia de conformidad a las reglas del juicio sumario⁴⁵⁴.

La práctica de esta norma no fue satisfactoria. Se produjo un cierto relajamiento en las exigencias propias del actuar profesional con el consecuente desprestigio de las profesiones⁴⁵⁵. Ello llevó a que diversos sectores comenzaran a reclamar una normativa más rigurosa sobre el particular, en la cual los *colegios* tuviesen un rol más protagónico.

De allí que la Constitución, a partir de la reforma del año 2005, delegue en los *colegios* nuevas facultades de control de la ética profesional, con el objeto preciso de que sus asociados cumplan con los deberes mínimos de disciplina profesional⁴⁵⁶. Esto deja en evidencia que las infracciones que se busca sancionar

⁴⁵¹ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo y CAMARA BOTIA, Alberto, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 1990, pp. 9 y ss. Vid. también SAINZ MORENO, “Ejercicio privado”, cit., p. 1780.

⁴⁵² Cfr. LOPEZ JACOISTE, cit., p. 926.

⁴⁵³ Vid. por ejemplo la intervención del Presidente del Colegio de Abogados, don Sergio Urrejola, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de reforma a la Constitución, quien aclaró que en el sistema antiguo la medida más sentida por los profesionales era la figuración de la sanción en las publicaciones, DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 11ª, de 13 de julio de 2004, p. 1950.

⁴⁵⁴ Cfr. art. 4º del Decreto Ley N° 3.621, de 1981. Con todo, parte de la jurisprudencia validó, durante la vigencia del referido Decreto Ley N° 3.621, la aplicación de sanciones por parte del colegio en razón de conductas contrarias a la ética profesional. Vid. por ejemplo sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, RDJ T. XCI (1994), sección quinta, p. 136.

⁴⁵⁵ Cfr. SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, “Control”, cit., p. 314.

⁴⁵⁶ Sobre la imposibilidad de aplicar el *principio de legalidad* de las infracciones en el ámbito

no son meramente civiles, administrativas o criminales⁴⁵⁷, aún cuando muchas de ellas se vincularán con el ámbito penal o con el moderno derecho de daños. Tampoco se trata de faltas vinculadas a la mera disciplina del colegio, entendido como organización⁴⁵⁸. Más bien, se trata de aquellas faltas que se conectan directamente a la disciplina profesional, al ejercicio idóneo de la respectiva ciencia o arte, con la ejecución de las obligaciones comunes a todas las profesiones, las propias de su condición de colegiado, y con los fines específicos de la entidad, las cuáles deben ser apreciadas por un tribunal de pares expertos y capacitados para evaluar el alcance y las condicionantes de la infracción. De otra manera, no se justificaría la instalación de un *tribunal profesional ad-hoc*, ajeno a la dinámica del Poder Judicial⁴⁵⁹. Por tanto, toda infracción extraña al ámbito profesional, debe quedar fuera de la competencia del control ético⁴⁶⁰.

Con todo, cabe advertir que la Constitución ha circunscrito el ámbito de competencia de los *colegios*: sus facultades de control ético sólo se aplican a aquellos profesionales que voluntariamente se han incorporado a la organización⁴⁶¹. Aquellos que no expresen su consentimiento en tal sentido, serán juz-

colegial, vid. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, cit., p. 33. Vid. también MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, cit., p. 311.

⁴⁵⁷ Cfr. SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, “Control”, cit., p. 315: “Los tribunales ordinarios son naturalmente competentes para resolver las cuestiones de carácter civil, por ejemplo, de indemnizaciones por daños, que pudieran interponerse en contra de un profesional como efecto de su desempeño o para imponer las sanciones que correspondiera aplicarles si el comportamiento de ellos constituyere, según la ley, un delito. Confiar, entre tanto, a la magistratura ordinaria, como función propia de decidir cuestiones de ética profesional (...) es introducirla en una tarea que no le compete y generar una confusión entre el plano de la ética y el derecho”.

⁴⁵⁸ Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, cit., p. 299.

⁴⁵⁹ Para una tesis contraria cfr. SEPULVEDA BUSTOS, cit., p. 44. Vid. también ANDRADES RIVAS, cit., pp. 116 y ss.

⁴⁶⁰ Cfr. SAINZ MORENO, “Colegios”, cit., p. 545. Vid. también MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, cit., p. 297.

⁴⁶¹ Los senadores Matta, Ruiz de Giogio, Ruiz-Esquide y Zaldivar (Andrés), promotores de una moción parlamentaria referida a estos temas (boletín 2260-07), eran partidarios de la afiliación obligatoria. Según ellos, para “el eficaz control ético de las profesiones por parte de los colegios profesionales es necesario que quienes las ejercen se encuentren adscritos a ellas, por lo que debe permitirse constitucionalmente una excepción a la libertad de asociarse, posibilitando que la ley pueda exigir para determinadas profesiones la obligación de colegiarse”. En igual sentido se pronunció, durante la discusión del proyecto, el Presidente del Colegio Médico A.G., doctor Enrique Accorsi: “la tarea de control debiera ejercerse en relación a la totalidad de los profesionales de una determinada orden y no sólo de los asociados”; el Presidente del Colegio de Arquitectos, señor José Ramón Ugarte, según el cual la separación tajante entre profesionales miembros o no constituye un obstáculo para el establecimiento de un solo tribunal de ética; y el profesor Lautaro Ríos: “dentro del universo asociativo los colegios profesionales son, por una parte, asociaciones no voluntarias en el sentido de que no dependen en su incorporación y su desafiliación de la mera voluntad de quienes participan en ella (...) Decir que nadie está obligado a pertenecer a la asociación

gados por los tribunales ordinarios de justicia. Esta opción termina alejándose del *privilegio de unicidad* (un solo colegio para cada profesión)⁴⁶² y en cierta medida resulta contradictoria, pues por una parte se reconoce la relevancia del control ético del ejercicio profesional, y por otra se hace radicar en el propio profesional su deseo de ser fiscalizado por sus pares. Si efectivamente el ejercicio de la profesión representa valores trascendentes del ente social, que se conectan directamente con el interés nacional, entonces lo lógico habría sido regular una figura con facultades más amplias para pesquisar las infracciones al ejercicio de la profesión, manteniendo por cierto la facultad de recurrir de sus resoluciones ante los tribunales superiores de justicia⁴⁶³.

La opción constitucional, no obstante, representa una armonización entre el régimen especial de los colegios y el ejercicio del derecho de asociación. De cierta forma, la Ley N° 20.050 terminó reconociendo que el derecho de asociación no excluye la creación de otras formas organizativas aplicables a un específico tipo profesional. “Pero de esas consideraciones no debe deducirse (...) que el derecho de asociación carezca por completo de incidencia en la creación y regulación de los colegios profesionales”⁴⁶⁴.

4.4. El procedimiento de reclamación

La Ley N° 20.050 acepta el derecho de los *colegios profesionales* para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones, agrega la Constitución, “podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”.

De esta manera, la Constitución termina optando por un sistema mixto de reclamación. Para los asociados al colegio, este último tendrá el monopolio en el juzgamiento de las infracciones a la ética profesional; en todos los demás casos, el legislador deberá crear una judicatura especial para conocer y sancionar estos ilícitos. La ley que se dicte al efecto, por tanto, debiera ir más allá

corresponde a una argumentación propia de las asociaciones voluntarias que no es aplicable a los colegios porque lo propio de éstos es que haya uno solo por cada profesión. De otra manera, adujo, no hay ninguna posibilidad de que exista un registro de control ético seguro”. Sobre el particular vid. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, sesión 12ª, de 6 de noviembre de 2001, pp. 1380 y ss.; y sesión 11ª (Anexo de Documentos), de 13 de julio de 2004, p. 1951.

⁴⁶² Cfr. RIOS ALVAREZ, “Los colegios”, cit., p. 200.

⁴⁶³ Una opinión negativa sobre el efecto práctico de esta reforma puede consultarse en SILVA BASCUÑAN y SILVA GALLINATO, “Control”, cit., p. 318: “La modificación constitucional que estamos analizando (...) prácticamente en nada cambia la deplorable situación en que se encuentra el estatuto jurídico de los colegios profesionales”.

⁴⁶⁴ Vid. GARCIA MURCIA, “Derecho de sindicación”, cit., p. 177.

del mero derecho de policía correccional a que se refiere el art. 554 del Código Civil⁴⁶⁵, debiendo indicar claramente qué conductas son sancionables, como se asegura el debido proceso y las formalidades y requisitos que deberá cumplir el recurso de apelación. Asimismo, debiera señalar la forma de nombramiento de los juzgadores colegiales y el valor que tendrá el Código de Ética que al efecto dicte la organización. Un criterio distinto simplemente vaciaría de contenido a la reforma constitucional.

La historia fidedigna de la Ley N° 20.050 da cuenta de dos posiciones frente al problema de la reclamación: (i) Por una parte, un sector del parlamento era partidario de otorgar competencia amplia a los *colegios profesionales*, incluso para juzgar el comportamiento de los no afiliados. Se partía de la base que las facultades correccionales no convertían al colegio en una comisión especial al estilo del inciso cuarto del art. 19 N° 3 de la Constitución, razón por la cual todo aconsejaba que estos entes contaran con facultades amplias en relación con todos los profesionales. Incluso, se llegó a plantear los inconvenientes de judicializar las reclamaciones dictadas por el *colegio* respectivo⁴⁶⁶. (ii) Otro grupo, no obstante, planteaba sus reservas frente al hecho de que una potestad pública –como es el juzgamiento por infracciones a la ética profesional– estuviese radicado en un organismo privado, de naturaleza gremial⁴⁶⁷.

Ante esta disyuntiva, la Ley N° 20.050 avanzó por un camino ecléctico. Por una parte, abandonó la tesis del sistema antiguo en orden a que las denuncias

⁴⁶⁵ El art. 554 del Código Civil dispone que: “Toda corporación tiene sobre sus miembros el derecho de policía correccional que sus estatutos le confieran, y ejercerán este derecho en conformidad a ellos”. En el plano doctrinal vid. FANLO LORAS, “Encuadre histórico”, cit., p. 120: “Conviene recordar simplemente que toda organización tiene capacidad de autonomarse, de regular las relaciones que se producen en su seno. Cuestión distinta es el alcance y eficacia general o externa de estas normas”.

⁴⁶⁶ Vid. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO (Anexo de Documentos), sesión 11^a, de 13 de julio de 2004, pp. 1951 y ss.

⁴⁶⁷ Vid. la posición sostenida por el H. Senador Chadwick en DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, sesión 14^a, de 16 de julio de 2003, p. 2733: “todos en esta sala compartimos que es indispensable que un orden jurídico contemple mecanismos eficaces para el control ético del ejercicio de una profesión. Y también participo en parte de lo manifestado por el senador señor Parra en cuanto a que el actual sistema, entregado única y exclusivamente a los tribunales ordinarios de justicia, se encuentra sujeto a todas las dificultades y debilidades de una acción ante estos organismos: lentitud y, muchas veces, postergación (...) Sin embargo, dar tal atribución a los llamados colegios profesionales (...) también presenta –y presentó– una serie de dificultades”. Y agrega en p. 2734: “no me parece que una potestad pública de tal entidad quede en manos de un organismo privado, de naturaleza gremial, particular, que, aparte emplearla respecto de sus asociados –lo que sin duda puede hacer en el día de hoy– la haga extensiva a personas que no pertenecen a él”. Vid. también la intervención del H. Senador Larraín en p. 2740, según el cual la historia demostraba que el control ético en manos de colegios profesionales perdió el sentido de esa misión, aunque reconoce que el cambio no fue tan bueno. De allí que se opuso terminantemente a la posibilidad de que los colegios tuvieran el monopolio del control ético.

por infracción a la ética profesional tenían un mero carácter contencioso civil⁴⁶⁸. Para el constituyente, este tipo de infracciones importan conductas, dolosas o culposas, inadmisibles en un profesional que, por insuficiencia, por incapacidad, por falta de estudios, o simplemente por despreocupación, terminan afectando derechos esenciales de la persona en razón de una mala *praxis*⁴⁶⁹. De allí que su conocimiento debía reglamentarse en un procedimiento especial, ya sea ante los colegios profesionales o ante un tribunal *ad-hoc*, que reflejaran un conocimiento especial sobre la *lex artis*. Dicho procedimiento no solo tendrá que estar fundado en un racional y justo proceso, sino que además las conductas reprochadas deberán ser objeto de una adecuada justificación⁴⁷⁰.

Complementariamente, no obstante, el procedimiento de reclamación mantuvo la posibilidad de que las sanciones aplicadas por los colegios o por los tribunales especiales fuesen revisadas por la Corte de Apelaciones respectiva. De esta forma, se armoniza el derecho del profesional sancionado a que su situación sea evaluada por un tribunal superior que revise eventuales excesos en la decisión del órgano colegial⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Vid. la intervención del H. Senador Silva Cimma en DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, sesión 14^a, de 16 de julio de 2003, p. 2731, quien reclamaba que, hasta la fecha, sólo dos veces habría tenido lugar el procedimiento contencioso civil del Decreto Ley N° 3.621: “¿Por qué? Porque, desde luego, la acción ante los colegios profesionales era gratuita y éstos inclusive podían actuar de oficio. Actualmente, ha menester toda una cuestión de tipo contencioso, a lo cual, como es obvio, gran parte de los particulares afectados (...) no pueden recurrir por carecer de los medios para hacerlo”.

⁴⁶⁹ Cfr. la intervención del H. Senador Ruíz-Esquide en DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, sesión 14^a, de 16 de julio de 2003, p. 2730.

⁴⁷⁰ Vid. en esta línea, aunque referida a las organizaciones gremiales, sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE de 28 de enero de 2004, RDJ T. CI (2004), sección quinta, pp. 47 y ss.

⁴⁷¹ Cfr. CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, cit., p. 35.

IX. LA NEGOCIACION COLECTIVA

El art. 19 N° 16 CPR no solo reguló derechos individuales del trabajo, sino que también algunos de carácter grupal. Entre estos últimos, la Constitución reglamentó la figura de la negociación colectiva como un derecho de los trabajadores y como un proceso destinado a lograr una solución justa y pacífica de los conflictos laborales⁴⁷². Se trata de una norma inédita en el constitucionalismo chileno, y desde esa perspectiva refleja un avance en relación con textos constitucionales pretéritos.

Esta consagración termina afectando todo el sistema de fuentes productoras del ordenamiento jurídico. Al reconocerse a la negociación colectiva como un derecho de los trabajadores, la Constitución supera, en materia laboral, una visión meramente monista del Derecho pues admite un pluralismo metodológico que valida la intervención de fuerzas sociales en la creación de fuentes autónomas⁴⁷³. Lo anterior permite afirmar que las relaciones jurídicas del trabajo tienen distintos órdenes de regulación⁴⁷⁴, traspasando las nociones abstractas del Derecho Civil. Pero no solo eso. Además, en virtud del inciso quinto del numeral 16, la negociación colectiva se alza en nuestro ordenamiento como una fuente primaria del Derecho, fundada en la propia Constitución, y con capacidad para dictar normas jurídicas de forma autónoma⁴⁷⁵. La ley, por su parte, pierde para

⁴⁷² El inciso quinto del art. 19 N° 16 estableció lo siguiente: “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”.

⁴⁷³ Cfr., por todos, CORREA CARRASCO, Manuel, *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997, p. 124; y KRAWIETZ, Werner, *El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos*, 2° edición, Fontamara, México D.F. 1994, pp. 22, 23 y 25. Cfr. también COTTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona 1991, p. 38; y MONE-REO PEREZ, José Luis, “Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch”, en *Elementos de Sociología Jurídica. Estudio Preliminar*, Comares, Granada 2001, pp. XLVI y ss.

⁴⁷⁴ Cfr. MONEREO PEREZ, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1996, pp. 60 y 63. Vid. también BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*, Trotta, Madrid 1991, p. 34; DURAN LOPEZ, “Jurisprudencia constitucional”, cit., pp. 204 y ss.; y GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, Elías, *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Valladolid, Valladolid 1996, p. 54. A mayor abundamiento vid. PERA, Giuseppe y PAPALEONI, Marco, *Diritto del Lavoro*, 7° edición, Cedam, Padova 2003, pp. 66 y ss.

⁴⁷⁵ En el plano doctrinal vid. ALONSO OLEA, Manuel, “Artículo 37.1. Negociación Colectiva”,

estos efectos su papel hegemónico como fuente del Derecho, complementando su función ordenadora con otras normas de distinta naturaleza⁴⁷⁶.

1. Los antecedentes normativos de la negociación colectiva en la Constitución

Tal como se puso de manifiesto en la primera parte de este estudio, la regulación de los derechos sociales dentro del constitucionalismo chileno solo vino a producirse con la dictación de la Ley N° 17.398, de 1971. A pesar del aporte que supuso dicha reforma constitucional, en esa normativa no se establecieron preceptos específicos sobre negociación colectiva, ya que el art. 10 N° 14 de la Carta de 1925 centró sus preceptos en materias tales como el derecho al trabajo, la huelga y el derecho de sindicación. Esta omisión, por cierto, resulta bastante cuestionable pues la negociación colectiva constituía claramente un derecho social del orden constitucional.

Con todo, y sin perjuicio de que el modelo normativo de los conflictos colectivos durante la vigencia de la Carta de 1925 “no era un ‘dechado’ de reconocimiento del principio de libertad sindical”⁴⁷⁷, la omisión se explicaba, en parte, por la doctrina asumida desde entonces en orden a que dentro del contenido esencial del derecho de sindicación debían entenderse incorporadas las cuestiones relativas a la solución de conflictos colectivos. De esta forma, en el contenido esencial de la libertad sindical no sólo habitaban los *derechos de organización* sino que, también, los *derechos de actividad* (v. gr., huelga y negociación colectiva)⁴⁷⁸. Pero si esta es la razón por

en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (director), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, T. III, Edersa, Madrid 1983, p. 608: “la garantía del derecho a la negociación implica la elevación (...) del convenio colectivo a la categoría de fuente del derecho en el sentido más estricto que se quiera dar a este término”. Vid. además PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 3° edición, CEURA, Madrid 1995, p. 607: “El reconocimiento de la autonomía colectiva comporta a fin de cuentas la atribución a los interlocutores sociales de un poder autónomo, diseñado en el plano político-constitucional como poder concurrente con el del Estado para la ordenación de las relaciones de trabajo”.

⁴⁷⁶ Vid., por todos, CORREA CARRASCO, cit., pp. 45 y ss., y p. 136. Vid. a mayor abundamiento KAHN FREUND, cit., p. 103: “Legislación y negociación colectiva no son necesariamente fuentes alternativas, sino que en la realidad son con frecuencia fuentes complementarias”.

⁴⁷⁷ Vid. ROJAS MIÑO, Irene, “Las contradicciones entre el modelo normativo de negociación colectiva y el principio de libertad sindical”, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* N° 1/2000. Homenaje al profesor Alfredo Bowen H., Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, Santiago 2000, p. 121.

⁴⁷⁸ Cfr. CORREA CARRASCO, cit., p. 229. En igual sentido UGARTE CATALDO, José Luis, “Libertad sindical y Constitución: como superar una vieja lectura”, *RLCH* N° 86 (2000), p. 76: “(la libertad sindical) comprende no solo el derecho de organización y afiliación, sino también el que aquí hemos denominado derecho de actividad sindical, como el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga”; GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “La

la cual la Carta de 1925 no reguló el derecho a la negociación colectiva, entonces dicho texto constitucional resultaba extremadamente restrictivo pues el ejercicio de la negociación colectiva sólo se le reconocía a las organizaciones sindicales y no a los grupos espontáneos de trabajadores. De esta forma, si la Constitución hubiese asimilado el derecho de negociación colectiva como un atributo más, pero exclusivo y monopólico, de la organización sindical, entonces un importante grupo de trabajadores habría quedado excluido de dicho ejercicio por la mera circunstancia de no formar parte de un sindicato; y ello, desde luego, habría afectado a la propia libertad sindical⁴⁷⁹.

En este contexto, el inciso quinto del art. 19 N° 16 de la CPR de 1980 resulta novedoso y de cierta manera vino a suplir un silencio preceptivo en materias de constitucionalismo laboral y en el propio modelo de relaciones industriales. Su génesis surge de un tratamiento unitario de la negociación colectiva con la figura de la huelga, en el entendido de que para los redactores del texto original de la Constitución los conflictos colectivos debían ser resueltos sin recurrir a mecanismos de fuerza sino que mediante tribunales especializados que alcanzaran soluciones

Constitución de 1980 y la libertad sindical”, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 1/2000. Homenaje al profesor Alfredo Bowen H., Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, Santiago 2000, p. 72: “La negociación colectiva y la huelga son dos elementos esenciales de la libertad sindical, sin los cuales los demás aspectos carecen de relevancia”; y MONEREO PEREZ, José Luis, “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada 2002, p. 631: “Y es que el derecho a la negociación colectiva forma parte del núcleo del derecho constitucional de libertad sindical”. En el plano de las Constituciones comparadas, vid., además, el inciso final del art. 39 de la Constitución italiana: “Los sindicatos registrados tendrán personalidad jurídica y podrán (...) concertar convenios colectivos de trabajo con efectos obligatorios para todos los pertenecientes a las categorías a que se refiera el convenio”; y el art. 56.3 de la Constitución de Portugal: “Compete a las asociaciones sindicales ejercer el derecho de negociación de convenios colectivos, el cual queda garantizado en los términos que disponga la ley”.

⁴⁷⁹ Sobre las razones que habrían existido para que el ordenamiento jurídico chileno -anterior a 1973- no haya reconocido plenamente la autonomía colectiva de las relaciones de trabajo, vid. ROJAS MIÑO, Irene, “La legislación laboral en Chile en el ámbito de las relaciones colectivas del trabajo: control de la autonomía colectiva”, *Ius et Praxis*, Año 6, N° 2 (2000), pp. 381 y s. Con todo, y enfrentada a estos dilemas, parte de la doctrina comparada ha razonado sobre la base de que la falta de consagración constitucional explícita del derecho a la negociación colectiva estaría ligada al grado de desarrollo democrático que experimentan algunos países: “son precisamente las Constituciones de los países en transición hacia fórmulas de convivencia democrática las que, de modo explícito o nominal, contienen definiciones constitucionales, de valor y naturaleza variable, en materia de negociación colectiva”. Sobre el particular vid. VALDES DAL-RE, Fernando, “La negociación colectiva en la Constitución”, RPS N° 121 (1979), p. 470. Cfr. también RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín, “La negociación colectiva en la Constitución de 1978”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, p. 340; y SALA FRANCO, Tomás, “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006, p. 321. Cfr. a mayor abundamiento GARCIA ABELLAN, Juan, *Introducción al Derecho Sindical*, Aguilar, Madrid 1961.

pacíficas⁴⁸⁰. Estos tribunales, en la concepción inicial de los redactores de la Constitución, debían ser ajenos al poder judicial e, incluso, de única instancia para evitar eventuales recursos disciplinarios ante los tribunales superiores de justicia.

La lógica que subyace en estas pretensiones es, desde luego, una visión algo *armonicista* de las relaciones laborales, en que el conflicto debe ser encauzado de tal manera que evite el uso de herramientas de presión ampliamente aceptadas en los ordenamientos comparados. Más aún, los propios constituyentes, en estas primeras reflexiones, expresaban su disconformidad con la posibilidad de regular constitucionalmente a la huelga como un derecho pues se estimaba que esta herramienta implicaría el uso de medios coercitivos que no se compadecían con una visión armónica de la relación de trabajo⁴⁸¹. De allí que el ordenamiento legal existente a la época en que se dicta la Constitución tiende a regular una negociación colectiva fuera del conflicto y la confrontación social, privilegiando mecanismos de solución capaces de establecer una correspondencia entre remuneraciones y productividad⁴⁸².

2. La negociación colectiva como derecho de los trabajadores

La Constitución configura la negociación colectiva como un derecho, en abstracto, de los trabajadores. Desde luego, se trata de trabajadores dependientes sujetos a una relación laboral, pues la redacción del texto, el uso del calificativo "*laboren*", así como la historia fidedigna del establecimiento de la norma, no dejan lugar a dudas sobre este punto: la negociación colectiva es un derecho de los trabajadores en el marco de una relación laboral.

⁴⁸⁰ Cfr. la opinión de Sergio Fernández en *ACTAS*, cit., sesión N° 195, p. 9: "En cuanto a los conflictos colectivos, su posición es muy clara. Ha expresado públicamente su opinión, en el sentido de que se debe llegar a un sistema que evite que los conflictos colectivos sean solucionados por la fuerza. (...) Considera necesario consignar en la Constitución alguna disposición que señale que los conflictos colectivos, a falta de acuerdo entre las partes, podrán ser resueltos por tribunales que crearía la ley en la forma y condiciones que ella establezca, dejando de esta manera cerrada la posibilidad de que estos conflictos sean solucionados por medios violentos". En igual sentido, vid. la tesis de ORTUZAR en *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 6; sesión N° 374, p. 2639; y sesión N° 382, p. 2783. Una tesis contraria, al menos en lo que respecta al ejercicio de la huelga, puede observarse en las opiniones de EVANS y SILVA BASCUÑAN, en *ACTAS*, cit., sesión N° 195, pp. 13 y 18.

⁴⁸¹ Una expresión de estas visiones se puede apreciar en la definición de empresa que propuso la Comisión ORTUZAR en el inciso séptimo del art. 19 N° 15 del Anteproyecto de Nueva Constitución: "La ley establecerá formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa".

⁴⁸² Cfr., por todos, ROJAS MIÑO, "La legislación laboral", cit., p. 387; TAPIA GUERRERO, Francisco, "Constitucionalidad del proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo", *RLCH* N° 8 (1995), p. 70; y TOLEDO CORSI, César, *La negociación colectiva en la Constitución de 1980*, Tesis Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2002, p. 43.

Lo anterior implica reconocer que la negociación colectiva se ha establecido como un *derecho constitucional*, a diferencia de lo que ocurre con las demás estipulaciones del inciso quinto del N° 16, en que el constituyente efectúa expresas referencias al legislador a objeto de que regule materias procedimentales o de arbitraje. De allí que la doctrina haya sostenido que “el derecho otorgado se refiere a la facultad que tienen los trabajadores para exigir la negociación colectiva a sus empleadores, pero en cuanto a las modalidades de la negociación y a los procedimientos para lograr en ella una solución justa y pacífica, como también para señalar los casos en que la negociación deba someterse a arbitraje, el constituyente se remitió a la ley (...)”⁴⁸³.

La consagración de este derecho obliga a prefigurar un ejercicio conjunto del mismo por parte de los actores sociales, ya que el mandato constitucional trae aparejada la necesidad de que ambos contratantes regulen sus respectivas relaciones de trabajo, sin que pueda pretenderse una imposición de condiciones por alguna de las partes intervinientes⁴⁸⁴. De esta forma, habrá que precisar que el deber de negociar colectivamente (*duty to bargain*) termina siendo una garantía de carácter legal para determinados casos, pero no constitucional. El inciso quinto lo que hace, en verdad, es reconocer un derecho a los trabajadores, sin establecer paralelamente un deber de negociar de la contraparte⁴⁸⁵.

Dicho en otros términos, el reconocimiento del derecho constitucional no lleva implícito la necesaria obtención de un resultado en los mismos términos que ini-

⁴⁸³ Vid. BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., p. 136. Cfr. también VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NOGUEIRA ALCALA, cit., T. I, pp. 289 y s.

⁴⁸⁴ Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO, cit., p. 347. Vid. también CAMPOS ALONSO, Miguel Angel, “La negociación colectiva en la Constitución”, en *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1985, 393; y PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos, “La negociación colectiva en España, 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores”, RPS N° 135 (1982), p. 13. Para un análisis general sobre las implicancias jurídicas que surgen del deber de negociar vid., por todos, SANCHEZ TORRES, Esther, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, Consejo Económico y Social, Madrid 1999, pp. 21 y ss.

⁴⁸⁵ El deber de negociar ni siquiera ha sido impuesto por el Convenio N° 98 de la OIT, ya que su art. 4° se limita a establecer un principio de fomento y estímulo a la negociación colectiva. La misma lógica sigue el Convenio N° 154 del referido organismo internacional. Vid. además SALA FRANCO, “El derecho constitucional”, cit., p. 324: “El derecho a la negociación colectiva se proclama así constitucionalmente frente al Estado y no frente a unos indeterminados representantes de los empresarios o de los trabajadores”; y MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 626: “La Constitución no ha incorporado directamente como contenido esencial específico de este derecho un deber de negociar, lo que ni es de esencia a este derecho de libertad, ni tendría, sentido sin una delimitación expresa de los sujetos negociadores a quienes incumbiría dicha obligación o deber de negociar”. Un criterio similar mantuvo desde antiguo nuestra jurisprudencia, en relación con ciertos procedimientos de conciliación durante la negociación colectiva. En esa línea vid. por ejemplo la sentencia de 11 de diciembre de 1939 del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, confirmada por el Tribunal de Alzada, en GAETE BERRIOS, Alfredo, *Código del Trabajo*, T. II, Encina, Santiago 1970, p. 258.

cialmente lo plantea el titular de ese derecho. Si el resultado de la negociación es un pacto o convenio, “éste por hipótesis reposa sobre la voluntad libre, en términos jurídicos estrictos, de los que convienen o pactan, y a los que por tanto el convenio o pacto no puede imponerse so pena de dejar de ser tal”⁴⁸⁶.

2.1. La regulación de un sistema dentro del modelo de relaciones laborales

La primera conclusión que es dable obtener de la regulación constitucional de la negociación colectiva es que ésta se inserta como un sistema dentro de un modelo mayor de relaciones laborales. Para la Constitución, la negociación colectiva constituye una figura clave dentro del entramado propio del orden público laboral, eliminando cualquier posibilidad de que este derecho sea configurado como un subsistema normativo subalterno⁴⁸⁷.

El término negociación colectiva es lo suficientemente preciso para remitir la institución a un contenido conocido y bien delimitado⁴⁸⁸. Consecuente con lo anterior, y siguiendo a la doctrina comparada, podríamos afirmar que la Constitución legitima a la negociación colectiva como el conjunto idóneo de “reglas de acción y organización a través de las cuales los antagonistas sociales actualizan su poder autonómico colectivo”⁴⁸⁹. De alguna forma, la Constitución está señalando que

⁴⁸⁶ Cfr. ALONSO OLEA, “Artículo 37.1”, cit., p. 612. Y agrega: “Si no puede el ordenamiento obligar a las partes colectivas a convenir, sí puede obligarlas a realizar un esfuerzo para conseguir el convenio, esto es, puede obligarlas a negociar”. Vid. también KAHN FREUND, cit., p. 139: “Voluntad de negociar es, por supuesto, algo totalmente distinto de voluntad de llegar a un acuerdo”. A mayor abundamiento OJEDA AVILES, Antonio, *Derecho Sindical*, 7ª edición, Tecnos, Madrid 1995, p. 598: “El Derecho constitucional a la negociación colectiva traza más bien un poder jurídico en sentido técnico, sin la concreción de los derechos subjetivos”.

⁴⁸⁷ En palabras de SALA FRANCO, “El derecho constitucional”, cit., p. 322: “una promoción eficaz del derecho de negociación colectiva significa, básicamente, una postura frontal contra los ataques que pudieran venirle de parte de un modelo de planteamientos normativos paleoliberales, partidarios en el fondo de un modelo de relaciones laborales basado en la individualización de las relaciones laborales”. Con todo, el propio autor agrega en p. 328: “la autonomía colectiva no podrá anular la capacidad individual de pacto pero tampoco cabrá vulnerar desde el contrato individual lo establecido por el convenio colectivo, ni directamente (...) ni de tal manera que eluda la aplicación del convenio colectivo a través de los denominados ‘pactos individuales en masa (...)’, si bien cabrá mejorar los mínimos convencionales”.

⁴⁸⁸ Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO, cit., p. 349.

⁴⁸⁹ Cfr. VALDES DAL-RE, “La negociación colectiva”, cit., pp. 471 y 473. Vid. también GONZALEZ ORTEGA, Santiago, “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ALARCON, Manuel Ramón (coordinador), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid 1992, p. 409: “la negociación colectiva, entendida en sentido amplio (...) es

este es el mecanismo apto para que empleadores y trabajadores obtengan mejores condiciones de trabajo, empleo y remuneración, cuestión que convierte a este derecho constitucional en una figura clave y preferencial (aunque no exclusiva) en la resolución de los conflictos colectivos.

Desde luego, la Constitución no regula todos y cada uno de los elementos que componen este sistema de negociación; tampoco podría concluirse que la Constitución ofrezca un modelo cerrado y completo. Más bien, la Constitución construye un cuadro general de relaciones laborales y económicas dentro del cual tiene una especial cabida la figura de la negociación colectiva como derecho constitucionalmente asegurado. A partir de allí, se le indica al legislador que nuestro Código Político tiene una mirada amplia de este derecho, flexible en su regulación, donde pueden existir distintos modelos de negociación, sin perjuicio de considerarlo esencial para la estructura del orden público laboral⁴⁹⁰. Dentro de esta mirada amplia, está la legitimación del uso de medios e instrumentos aptos para actualizar y hacer efectiva la defensa y promoción de los sujetos involucrados⁴⁹¹.

Un criterio distinto simplemente anularía la eficacia de la negociación colectiva, la cual debe adaptarse a los cambios externos que experimenta la empresa y las relaciones de trabajo. Ante una realidad laboral fragmentada, cambiante desde el punto vista organizativo, con trabajadores heterogéneos sociológicamente, habría resultado imposible que la Carta Fundamental intentara consagrar un modelo cerrado y único de negociación. Lo anterior cobra aún mayor relevancia si se considera la evolución que experimenta el sistema de relaciones laborales desde una sociedad *fordista* a una caracterizada por la introducción de nuevas tecnologías, nuevas formas de organización, y nuevas técnicas de negociación⁴⁹².

una actividad mucho más compleja y variada que la sola de acordar convenios originarios o renovados”.

⁴⁹⁰ Ello explica, en parte, la redacción del inciso primero del art. 314 del Código del Trabajo, el cual admite la utilización de procedimientos alternativos a la negociación reglada: “Sin perjuicio del procedimiento de negociación colectiva reglada, en cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones directas y sin sujeción a normas de procedimiento para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado”. Téngase presente, a este respecto, que el artículo recién transcrito ha establecido el monopolio sindical para negociaciones colectivas no regladas. Esta excepción se justifica en la facultad que la Constitución le otorgó al legislador para establecer las “modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica”. En este caso, y por excepción, el legislador concluyó que una negociación colectiva no sujeta a procedimientos solo puede ser llevada a cabo por organizaciones sindicales estables, y no por grupos espontáneos de trabajadores.

⁴⁹¹ Cfr. VALDES DAL-RE, “La negociación colectiva”, cit., p. 475. Vid. también RODRIGUEZ-SAÑUDO, cit., p. 341.

⁴⁹² Cfr. IRURETA URIARTE, “Trabajo y Derecho”, cit., pp. 155 y ss. Vid. también DURAN LOPEZ, Federico, “El futuro del Derecho del Trabajo”, REDT N° 78 (1996), p. 616: “La contratación colectiva, como el Derecho del Trabajo, sobrevivirá, a pesar de los riesgos de

De allí que la negociación colectiva a que se refiere el inciso quinto del numeral 16 debe ser entendida como una herramienta lo suficientemente flexible para acoger dentro de su contenido esencial distintas y variadas formas de negociación, pues lo relevante es que trabajadores y empleadores puedan alcanzar acuerdos fundados en la autonomía de esta fuente normativa del Derecho. Y esa sola circunstancia explica la relevancia de esta figura en el marco de un modelo democrático de relaciones laborales.

2.2. Materias objeto del derecho

Ya se ha dicho que la negociación colectiva es una manera de canalizar el conflicto propio del sistema de relaciones industriales. Ella refleja una relación de poder fundada en intereses contrapuestos que pueden juridificarse en virtud de la negociación⁴⁹³. A pesar del carácter amplio con el cual la Constitución configura esta garantía, y sin mayores límites formales, lo cierto es que el derecho a negociar colectivamente tiene una innegable naturaleza laboral. Allí está centrado su ámbito objetivo, de forma tal que las materias propias de la negociación no podrían extenderse a cuestiones ajenas al trabajo, empleo o remuneración. En esta perspectiva, el núcleo central de la negociación colectiva será el conjunto de cuestiones vinculadas a las condiciones de trabajo⁴⁹⁴, cuestión que se ve ratificada por el inciso primero del art. 306 del Código del Trabajo: “son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie o en dinero, y en general a las condiciones de trabajo”⁴⁹⁵.

Este criterio concuerda, a su vez, con el art. 2º del Convenio N° 154 de la OIT, el cual señala que la *negociación colectiva* comprende todas las negociaciones

la época actual, y el convenio colectivo del futuro será más complejo de cuanto sea hoy: la reglamentación actual no será sustituida por una desreglamentación sino por una disciplina más compleja y diferenciada; y existirá una más compleja interrelación entre reglamentación de condiciones de trabajo a nivel centralizado, descentralizado e individual”; y MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 664: “Todos estos elementos de diferenciación obligan a una mayor heterogeneidad de la negociación colectiva y a la puesta en cuestión del principio de regulación uniforme y homogénea de las condiciones de trabajo”.

⁴⁹³ Cfr. KAHN FREUND, cit., p. 116.

⁴⁹⁴ Cfr. ALONSO OLEA, “Artículo 37.1”, cit., p. 601.

⁴⁹⁵ Por su parte, entre las materias excluidas de la negociación, el inciso segundo del art. 306 del Código destaca aquellas correspondientes al poder de dirección del empleador y aquellas que son ajenas a la empresa. Sobre otro tipo de materias que el Plan Laboral del régimen militar excluía de la negociación vid. THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989, pp. 440 y ss. Para una visión contraria a la exclusión de determinadas materias dentro de la negociación colectiva cfr. MORGADO VALENZUELA, Emilio, “Necesidad, funcionalidad y viabilidad de la negociación colectiva en el marco de los actuales procesos de cambios: la situación en Chile”, en *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago 1998, pp. 165 y s.

que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

2.3. **Ámbito subjetivo del derecho**

La Constitución reconoce, de forma amplia, el derecho fundamental a negociar colectivamente, “*salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar*”. La referencia a la ley debe ser entendida en su sentido técnico formal: las limitaciones sólo pueden establecerse en virtud de una norma jurídica dictada por el poder legislativo⁴⁹⁶. Si bien este derecho no tiene el carácter de absoluto, la facultad legal debe interpretarse de manera restrictiva, ya que en caso contrario se terminaría anulando el contenido esencial del derecho a negociar⁴⁹⁷. De esta forma, la regla general es que todo trabajador dependiente, grupalmente integrado, puede ejercer este derecho a la negociación colectiva; sólo por excepción, y de manera expresa, el legislador podrá indicar las hipótesis en que no resulta factible ejercitar este derecho⁴⁹⁸.

El mandato que se efectúa al legislador no puede implicar una minusvalía o una mutación en la naturaleza del derecho. En efecto, la Constitución consagra la negociación colectiva como un derecho de eficacia inmediata, y no meramente programático⁴⁹⁹. De esta manera, al legislador no se le pide que desarrolle el derecho constitucional, simplemente se le faculta para que indique, excepcional y formalmente, los casos en que no se puede negociar⁵⁰⁰. Esta y no

⁴⁹⁶ En relación con las empresas y con los trabajadores que no pueden negociar colectivamente vid. los arts. 304 y 305 del Código del Trabajo. Una posición contraria a estas prohibiciones legales, en el sentido que serían inconstitucionales y atentatorias a las normas de los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, en TOLEDO CORSI, cit., p. 115.

⁴⁹⁷ Cfr. TAPIA GUERRERO, Francisco, “Los convenios colectivos impropios y el derecho a negociar colectivamente”, BDT N° 114 (1998), p. 1. En el plano jurisprudencial vid. también sentencia de la CORTE SUPREMA de 5 de noviembre de 1997, RDJ T. XCIV (1997), sección quinta, p. 220: “Las normas legales de excepción deben ser interpretadas de modo restrictivo y en caso alguno extensivamente”.

⁴⁹⁸ Cfr., por todos, CEA EGAÑA, *Derecho*, cit., T. II, p. 435.

⁴⁹⁹ Vid. en el plano comparado SALA FRANCO, “El derecho constitucional”, cit., p. 321; y MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 625.

⁵⁰⁰ Cfr., por todos, VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NOGUEIRA AL-CALA, cit., T. I, p. 290: “las atribuciones que el constituyente entrega al legislador en esta materia tienen un carácter restringido. Debemos destacar que no podría la ley establecer

otra conclusión se puede obtener de la redacción que utiliza el inciso quinto del numeral 16, ya que se trata de un derecho expresamente reconocido y no sujeto a desarrollo legal.

Como se advirtió con anterioridad, la Constitución reconoce este derecho a todos los trabajadores de la empresa. Esto trae aparejado las siguientes consecuencias:

2.3.1. Los sujetos titulares

Aún cuando la redacción utilizada por el inciso quinto del numeral 16 es amplia, y podría llevar a sostener que la misma se aplica a todo tipo de trabajador, conviene efectuar algunas puntualizaciones. En primer término, se trata de un derecho de titularidad compartida, de ejercicio colectivo⁵⁰¹, y aplicable a trabajadores sujetos a un vínculo de subordinación o dependencia, debiendo excluirse a aquellos que no caben dentro de esta categoría. La redacción constitucional no sólo apunta en esa dirección sino que, además, el contexto de la garantía no deja lugar a dudas a este respecto: se trata de una negociación colectiva laboral⁵⁰².

En segundo lugar, la voz *trabajadores* sobrepasa a la mera idea del personal sindicalizado, reconociendo que el derecho es aplicable a cualquier trabajador dependiente de la empresa. Dicho de otra manera, “en el modelo de negociación colectiva diseñado en la Constitución se admiten sujetos negociadores distintos del Sindicato-asociación”⁵⁰³. Una opción contraria hubiese supuesto negar la participación de estructuras representativas que perfectamente pueden canalizar la voluntad colectiva de los trabajadores, aún cuando no estén constituidos como

procedimientos (...) que signifiquen un desconocimiento de este derecho, ni podría tampoco generalizar los casos en que se prohíbe negociar”.

⁵⁰¹ Vid. CABANELLAS, cit., T. III, Vol. 2, p. 354: “En los conflictos laborales colectivos, los sujetos no son los individuos aislados, ya que la propia calificación ‘colectiva’ del conflicto revela la presencia de grupos, que son los protagonistas del antagonismo”; y DIEZ-PICAZO GIMENEZ, cit., p. 496: “si no fuera de ejercicio colectivo, habría simplemente negociaciones de contratos de trabajo uno por uno”.

⁵⁰² Este criterio ha sido ratificado indirectamente por la jurisprudencia en sentencia de la CORTE SUPREMA de 18 de julio de 2002, RDJ T. XCIX (2002), sección quinta, p. 243: “Las atribuciones que la ley confiere a la Dirección del Trabajo de velar por el cumplimiento de la legislación laboral no la facultan para (...) pretender obligar a un tercero a aceptar una negociación colectiva con trabajadores que no son de su dependencia”. En sentido similar vid. además sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA de 25 de marzo de 2001 (confirmada por la Corte Suprema), RDJ T. XCVIII (2001), sección quinta, p. 66. En el plano comparado, pero aplicable al precepto que comentamos, vid. ALONSO OLEA, “Artículo 37.1”, cit., p. 599: “Lo que la Constitución garantiza o, en términos estrictos, lo que la Constitución exige a la ley que garantice, es ‘el derecho a la negociación colectiva laboral’”.

⁵⁰³ Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO, cit., p. 356.

sindicatos⁵⁰⁴. Por lo demás, habría sido muy complejo que el constituyente declarara el monopolio sindical en estas materias, pues de cierta forma se afectaría un necesario pluralismo social tan propio del sistema democrático de relaciones laborales.

Con esta redacción, por lo tanto, la Carta de 1980 impide el monopolio sindical para efectos de negociar colectivamente, cuestión esta última que de alguna manera rondaba durante las discusiones de esta garantía en el seno de la Comisión ORTUZAR⁵⁰⁵. De hecho, en el Anteproyecto de la Comisión de Estudios se optaba por una fórmula de monopolio sindical⁵⁰⁶, pero el Consejo de Estado eliminó finalmente esta posibilidad⁵⁰⁷.

En lo que respecta a la contraparte laboral, la Constitución privilegia una negociación colectiva con el empleador vinculado a una unidad negocial, pero no excluye desde luego otras formas de negociación que voluntariamente las partes puedan llevar a cabo más allá del ámbito unitario⁵⁰⁸. El problema, con todo, consiste en resolver qué se entiende por empresa, ya que no hay mayores fundamentos para sostener que la Constitución ha privilegiado una idea subjetivista de la figura empresarial.

⁵⁰⁴ Vid. en esta línea VALDES DAL-RE, “La negociación colectiva”, cit., p. 487: “la actividad contractual puede ser legítimamente ejercida por las restantes formas de organización y agregación a través de las cuales se articula y manifiesta la autonomía de los intereses del trabajo (...) y definidas por su carácter más o menos espontáneo, inestable u ocasional”; MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 627: “Este derecho (...) es atribuido a instancias colectivas (estructuras organizativas, estables o espontáneas, sindicales y no sindicales) para la defensa de intereses colectivos o generales de los grupos sociales”; y SALA FRANCO, “El derecho constitucional”, cit., p. 325: “la Constitución reconoce capacidad negocial a todas las estructuras organizativas, estables o espontáneas (...) no quedando restringida así la capacidad negocial a los sindicatos”.

⁵⁰⁵ Vid. por ejemplo en ACTAS, cit., sesión N° 382, pp. 2790 y s., las opiniones de BERTELSEN: “sería contradictoria la existencia de sindicatos que no pudieran negociar colectivamente ni intervenir en una negociación colectiva”; GUZMAN: “establecer una disposición muy concreta relativa a la negociación colectiva, señalando que no procederá respecto de aquellos trabajadores que no puedan sindicarse”; y ORTUZAR: “propone que la Carta Fundamental establezca que estarán impedidos de ejercer la negociación colectiva quienes no puedan sindicarse y que la ley determine qué personas no puedan sindicarse, sistema que está acorde con la resolución de la Comisión consistente en dejar a la ley la regulación del derecho de sindicación”.

⁵⁰⁶ Cfr. el inciso séptimo del art. 19 N° 15 del Anteproyecto de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución: “La negociación colectiva es un derecho de los trabajadores a quienes la ley reconozca el derecho de sindicarse”.

⁵⁰⁷ En relación con los antecedentes históricos cfr. TAPIA GUERRERO, Francisco J., *Sindicatos en el Derecho chileno del Trabajo*, LexisNexis, Santiago 2005, pp. 203 y ss.

⁵⁰⁸ Cfr. en esta línea el inciso segundo del art. 303 del Código del Trabajo: “La negociación colectiva que afecte a más de una empresa requerirá siempre acuerdo previo de las partes”.

2.3.2. La idea de empresa

Optando por una visión *atomizadora*⁵⁰⁹ y *descentralizada* del ejercicio de este derecho⁵¹⁰, la Carta de 1980 señala que la negociación colectiva “*con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores*”. La utilización del vocablo *empresa* obliga a desentrañar su verdadero alcance jurídico, pues pareciera que la Constitución está circunscribiendo el conflicto a la figura de una sola organización. Siguiendo una tendencia que data de los orígenes de nuestra legislación social, el Código Político establece que el derecho a negociar es “*con la empresa*” en que laboran los trabajadores, y no con otras organizaciones productivas con las cuales el trabajador no mantiene un vínculo de laboralidad⁵¹¹.

Son varias las reflexiones que cabe hacer sobre esta redacción constitucional. La primera de ellas supone advertir que las Constituciones tienden por regla general a omitir conceptos específicos dentro el ámbito económico social. Por el contrario, las normas constitucionales ponen énfasis en trazar las características esenciales de un determinado orden, para luego delegar en el legislador la regulación exacta de ciertos términos con relevancia económica⁵¹². Lo expuesto tiene especial importancia en lo que respecta a la figura de la empresa, pues no cabe duda que no existe un concepto constitucional de la misma. En rigor, lo que hace la Constitución es trazar sobre la organización productiva las características básicas de funcionamiento dentro de un determinado orden, arrastrando tras de sí una serie de regulaciones, de carácter mercantil, tributario, civil o laboral que, entre otros, buscan hacer congruente sus planteamientos con las normas básicas señaladas en la Carta Fundamental.

⁵⁰⁹ Cfr. ROJAS MIÑO, “Las contradicciones”, cit., p. 124. Vid. también TOLEDO CORSI, cit., p. 109: “con la legislación del Plan laboral se circunscribió la negociación colectiva al ámbito de la empresa. Las razones de ello no obedecieron a principios jurídicos sino a una decisión de raíz económica”.

⁵¹⁰ Cfr. MORGADO VALENZUELA, Emilio, “Iberoamérica: constitucionalización de los principios y derechos fundamentales en el Derecho colectivo del trabajo”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 184. Para una perspectiva histórica vid. WALKER ERRAZURIZ, Francisco, “La institucionalidad laboral chilena”, BDT N° 96 (1997), pp. 2 y ss.; y ROJAS MIÑO, “La legislación laboral”, cit., pp. 373 y ss.

⁵¹¹ Vid. también a partir de la redacción formal del precepto MORGADO VALENZUELA, “Necesidad”, cit., p. 167: “No obstante el tenor literal de la norma constitucional, se ha entendido que el uso de la preposición ‘con’ –que denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer alguna cosa– se subordina al uso que en ella también se hace de la preposición ‘en’ –que significa el lugar, tiempo o modo en que se realiza la negociación”.

⁵¹² Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Sobre empresa y política”, REDT N° 64 (1994), p. 199. Cfr. también DE GISPERT PASTOR, María Teresa, “La noción de empresa en la Constitución española”, en *La Empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Madrid 1989, pp. 37 y ss.

Más aún, ante el ordenamiento jurídico no existe un concepto unitario de empresa⁵¹³. Lo que sí existe es una regulación multidisciplinaria y heterogénea que deja en evidencia una realidad jurídica en la que distintas ramas del Derecho se preocupan de esta figura de manera incluso contradictoria. La realidad conceptual mencionada se agrava al constatar que, en muchas ocasiones, el Derecho ha terminado analizando la empresa mediante nociones extra jurídicas o ancladas en conceptos decimonónicos de los fenómenos empresariales y económicos.

En este orden de ideas, una de las ramas que se encarga de regular la figura de la empresa es precisamente el Derecho Constitucional. Pero esta regulación no parte definiendo a la empresa o los requisitos de la misma; por el contrario, los Códigos Políticos, incluido el chileno, se limitan a consagrar un Orden Público Laboral y Económico en que de cierta manera se presupone un concepto de empresa⁵¹⁴.

Eso ocurre precisamente con el art. 19 N° 16 de la CPR de 1980. El constituyente ha señalado que la negociación colectiva “*con la empresa en que laboren*”, es un derecho de los trabajadores. El término *empresa* no está definido y, en verdad, sería bastante riesgoso que la Constitución pretendiera hacerlo ya que la empresa es ante todo una realidad sociológica y económica, pero no jurídica. Su realidad organizativa es cambiante en el tiempo por la introducción de nuevas tecnologías y nuevas formas de funcionamiento, y petrificar un concepto precisamente en la Constitución terminaría provocando un divorcio evidente entre Derecho y realidad.

Desde una perspectiva laboral, habrá que reconocer que una regulación meramente económica o patrimonial de la empresa sería inadecuada. Para el Derecho del Trabajo, la empresa es ante todo una organización y un centro de imputación normativo. En ella se produce un sistema de relaciones personales de carácter laboral, que discurren y se coordinan en virtud del poder de dirección del empleador. La empresa, por lo tanto, no es una mera yuxtaposición de vínculos laborales, pero tampoco es un concepto meramente abstracto y general⁵¹⁵. Al Derecho del Trabajo no le importa, a mayor abundamiento, si la empresa persigue o no fines de lucro; o si produce bienes o servicios; o incluso, si su titular tiene o no personalidad jurídica⁵¹⁶.

⁵¹³ Cfr., por todos, MONEREO PEREZ, José Luis, *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada 1997, pp. 6 y 11.

⁵¹⁴ Cfr. UGARTE CATALDO, José Luis, “El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces”, *RLCH* (2001), p. 60.

⁵¹⁵ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1965, pp. 100, 105 y 109.

⁵¹⁶ Vid., por todos, IRURETA URIARTE, Pedro, “La situación procesal de los entes de hecho en el proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”, *Cuadernos Judiciales* N° 8, Santiago, 2004, pp. 79 y ss.

Para el Derecho del Trabajo, la empresa se estructura en base a dos elementos nucleares: la idea de organización y la existencia de una titularidad. Cuando se dice que la empresa constituye una organización, lo que se está afirmando es que ella está integrada por factores que se encuentran coordinados jerárquicamente bajo la dirección del empleador⁵¹⁷. Dicha coordinación permite distinguir la división de labores, la unidad de dirección o la autonomía derivada de la propia existencia de un círculo organizado⁵¹⁸.

Adicionalmente, la empresa entendida como organización requiere de una titularidad. Y de conformidad con las normas sobre libertad de empresa (art. 19 N° 21 CPR), el ordenamiento jurídico le reconoce esta titularidad al empresario aportante del capital, el cual, para efectos laborales, deja de ser un mero *acreedor de trabajo* para convertirse en un titular de la organización.

La titularidad se alza, por tanto, como una cualidad legal en cuya virtud la persona se encuentra investida de un poder jurídico, de un derecho o de una pluralidad de derechos subjetivos. Se trata de un concepto amplio, flexible, que acoge dentro de sí la particular situación jurídica de un sujeto como centro de imputación de derechos y obligaciones. Esa titularidad dota al empleador de un haz de derechos que le permiten dirigir los destinos de la entidad, coordinando sus factores a objeto de darle una organización capaz de cumplir la finalidad por la cual ha sido creada⁵¹⁹. Pero esa titularidad no puede llevar a sostener que la empresa es lo mismo que un sujeto de derecho, pues ello desnaturalizaría la realidad organizativa que subyace en ella⁵²⁰.

⁵¹⁷ Cfr. ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de Dirección y Contrato de Trabajo*, Grapheus, Valladolid 1992, pp. 62 y 86. Vid. también VALDES DAL-RE, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Relaciones Laborales*, T. I (1990), pp. 280 y s.

⁵¹⁸ Cfr. WEISS, Dimitri, *La función de los recursos humanos*, Ciencias de la Dirección, Madrid 1993, p. 224.

⁵¹⁹ Vid. GONZALEZ BIEDMA, Eduardo, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1989, pp. 134 y 153. Cfr. también MONEREO PEREZ, José Luis, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987, p. 194.

⁵²⁰ Cfr. ROJAS MIÑO, Irene, “El peculiar concepto de empresa para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva”, *Ius et Praxis* Año 7, N° 2 (2001), p. 410. Una tesis distinta en RIBERA NEUMANN, Teodoro y VIGUERA FIGUEROA, Hernán, “La empresa y su reconocimiento constitucional”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000, p. 389: “En el precepto antes citado (se refieren al art. 19 N° 16 CPR) el constituyente reconoce a la empresa como ente jurídico, al sostener que la negociación colectiva se realiza por los trabajadores ‘con la empresa’ en que laboren, lo que sólo es posible, si consideramos a ésta como dotada de una personalidad distinta de sus propietarios o administradores. Esto es tal, pues la negociación colectiva debe realizarse necesariamente con un ente jurídico, sea éste una sociedad de hecho o una persona que adopte una de las variadas formas de organización, más no con una ‘unidad económica’ carente o incapaz de asumir obligaciones y ejercer derechos”.

En síntesis, habrá que reconocer que la Constitución no señala una definición de empresa⁵²¹. Opta, más bien, para que cada parcela del ordenamiento jurídico diseñe su propia configuración de la empresa, en el entendido que existe una regulación multidisciplinaria que, en muchos casos, termina siendo contradictoria con otras definiciones existentes en el ordenamiento legal. Sin embargo, a efectos laborales, la empresa debe ser vista como una típica organización dotada de un titular, independientemente de la circunstancia de que éste tenga o no individualidad legal⁵²². Esos requisitos son básicos al momento de configurar la empresa desde una perspectiva laboral, y tendrá que ser considerada en la interpretación de la norma contenida en el inciso quinto del art. 19 N° 16 de la Constitución.

Estas consideraciones, llevadas al ámbito de la negociación colectiva, traen como conclusión que la empresa no puede ser confundida con un sujeto de derecho, y tampoco la Constitución ha señalado que este procedimiento sólo puede ejercerse en el esquema reducido de la personalidad jurídica del empleador⁵²³. Detectada judicialmente la existencia de una organización empresarial autónoma, allí habrá que ejercer los derechos propios de la negociación colectiva, independientemente de las personalidades jurídicas –aparentes o reales- que ostente el titular.

2.3.3. La situación de los funcionarios públicos

Desde un punto doctrinario se discute si el derecho constitucional de negociación colectiva es aplicable o no a los funcionarios públicos, más aún si se le contrasta con los instrumentos internacionales referidos a la materia⁵²⁴. En nuestro país, la Constitución prohibió expresamente la posibilidad de que los funcionarios públicos pudiesen utilizar una de las instancias emblemáticas de la negociación colectiva, como es la huelga; pero no se prohibió expresamente en la Constitución el ejercicio de aquel derecho por parte los funcionarios. De allí que sea posible estructurar dos líneas argumentales en orden a determinar si el derecho a negociar colectivamente es o no aplicable en el ámbito de la Administración Pública.

⁵²¹ Cfr., para efectos de la negociación colectiva, TAPIA GUERRERO, “Constitucionalidad”, cit., p. 69.

⁵²² Cfr. IRURETA URIARTE, “La situación procesal”, cit., pp. 79 y ss.

⁵²³ Cfr. en esta línea ROJAS MIÑO, “El peculiar concepto de empresa”, cit., pp. 409 y ss.; y UGARTE CATALDO, “El concepto legal”, cit., p. 64. Vid. también TAPIA GUERRERO, Francisco J., “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho chileno del Trabajo”, en *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago 1998, pp. 222 y ss.

⁵²⁴ Cfr. entre otros FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José y RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, Barcelona 1996, pp. 57 y ss.; MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., pp. 629 y ss.; y SALA FRANCO, “El derecho constitucional”, cit., pp. 325 y ss.

La primera alternativa transita por la doctrina de la *prohibición*. A favor de esta tesis se esgrime un elemento histórico: al momento de redactarse el actual inciso quinto del numeral 16, los miembros de la Comisión ORTUZAR estimaban que este derecho no era aplicable en el sector público, “porque obviamente no depende del jefe del servicio acordar un aumento de remuneraciones, por ejemplo”⁵²⁵. De esta forma, los redactores de la Carta de 1980 optaron por una tesis de prohibición constitucional de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública. Esta posición resultaba concordante con el Convenio N° 98 de la OIT e, incluso, con el Convenio N° 154, el cual, si bien no excluye a los funcionarios públicos del derecho de negociar colectivamente, sí permite que la legislación fije modalidades particulares de aplicación del Convenio⁵²⁶. Adicionalmente, podría agregarse que la garantía del art. 19 N° 16 está referida fundamentalmente a los trabajadores del sector privado, debiendo entenderse que el numeral 17 del referido artículo es el que regula las relaciones de trabajo en el sector público⁵²⁷.

La segunda alternativa -*doctrina sobre el reconocimiento del derecho*- supondría reconocer que la prohibición en el ejercicio de la negociación colectiva es meramente legal, pero no constitucional. En efecto, la norma del inciso quinto deja abierta la posibilidad que todos los trabajadores, independiente de la naturaleza jurídica de su empleador, puedan llevar a cabo procesos de negociación colectiva. Se trata de un derecho amplio, flexible, y aplicable incluso a grupos espontáneos de trabajadores. Más aún, la voz “*empresa*”, para estos efectos, se encuentra redactada en términos generales y sería perfectamente aplicable a un servicio público creado por ley. Desde esta perspectiva, si la Constitución hubiese querido prohibir expresamente el derecho de negociación colectiva en el ámbito de la Administración, entonces lo habría señalado de manera formal ya que no tendría sentido prohibir

⁵²⁵ Cfr. las posiciones sostenidas por ORTUZAR en *ACTAS*, cit., sesión N° 382, pp. 2785 y s. Más aún, el Ministro del Trabajo de la época, Vasco Costa, manifestó expresamente ante la Comisión redactora que “es imposible la negociación colectiva en la Administración Pública. Advierte, sí, que si tal idea estuviera implícita en la norma constitucional, debería enmendarse”. En el plano doctrinal vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, *Derecho Colectivo del Trabajo*, LexisNexis, Santiago 2002, pp. 300 y s.: “Se argumenta por quienes consideran improcedente la negociación colectiva en este sector, que los salarios de estos funcionarios son materia de la ley de presupuesto (...). Se ha cuestionado esta forma de negociación, por estimarse que las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos son reguladas por ley y por actos unilaterales del ente público, conformándose no una relación contractual sino una relación estatutaria”.

⁵²⁶ El art. 1.3 del Convenio N° 154, de la OIT, del año 1981, señala expresamente que: “En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio”.

⁵²⁷ El referido art. 19 N° 17 de la Constitución le asegura a todas las personas: “La admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”. Desde esta perspectiva, la frase “*admisión a funciones y empleos públicos*” sería omnicompreensiva de la totalidad de requisitos, regulaciones y prohibiciones que, tanto la Constitución como las leyes, exigen para el ejercicio del empleo público. Y dentro de ellas no estaría consagrada la facultad de negociar colectivamente.

la huelga (que es una instancia más de la negociación) si se estima que el proceso general no era aplicable a los funcionarios⁵²⁸. Por otra parte, hay que tener presente que parte de la jurisprudencia ha estructurado la garantía del art. 19 N° 16 como un derecho aplicable a todo tipo de trabajo, incluido por cierto el del funcionario, cuestión que obligaría a una interpretación más amplia del ámbito subjetivo de la negociación.

A lo expuesto habría que agregar que con fecha 17 de julio de 2000, Chile ratificó el Convenio N° 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Los arts. 7 y 8 de dicho instrumento permiten afirmar que, para la OIT, los trabajadores del Estado sí gozan del derecho de negociación⁵²⁹. Y no solo eso; para la OIT el concepto de funcionario público debe ser interpretado de forma restringida, de tal manera que una eventual prohibición no podría alcanzar a aquellas personas empleadas por el Estado, por las empresas o instituciones públicas, y que no ejercen actividades propias de la Administración Pública⁵³⁰.

En esta perspectiva, la razón para que los trabajadores del Estado no puedan negociar colectivamente no se encontraría en la Constitución, sino que en la ley, la cual les prohíbe negociar en virtud de la delegación que efectúa el propio inciso quinto del numeral 16. Consecuente con lo anterior, el art. 304 del Código del Trabajo ha excluido de la negociación colectiva a las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de dicho Ministerio. Y agrega: “Tampoco podrá existir negociación colectiva en las empresas o instituciones públicas o privadas cuyos presupuestos, en cualquiera de los dos últimos años calendario, hayan sido financiados en más de un 50% por el Estado, directamente, o a través de derechos o impuestos”⁵³¹.

⁵²⁸ Lo anterior, sin perjuicio, de que existen otros preceptos de la Constitución (v. gr., el inciso cuarto del art. 60) en que se acepta la existencia de “*negociaciones o conflictos laborales*” en el sector público.

⁵²⁹ Los referidos artículos del Convenio N° 151, señalan expresamente que: “Art. 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”; y “Art. 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”. En el plano doctrinal vid. GAMONAL CONTRERAS, *Derecho*, cit., p. 304: “recientemente ha sido ratificado por nuestro país el Convenio N° 151, lo cual debiera ser completado a la brevedad con una legislación acorde”.

⁵³⁰ Cfr. ROJAS MIÑO, “Las contradicciones”, cit., p. 123.

⁵³¹ Cfr. también el art. 78, letra i), de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

3. Los procedimientos y modalidades de la negociación colectiva

Conjuntamente con garantizar el derecho constitucional, la Carta de 1980 le ha otorgado un mandato al legislador en orden a que establezca las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. De esta redacción surgen variadas consecuencias:

3.1. La intervención del legislador

Por regla general, las Constituciones modernas, en materia de negociación colectiva, no han pretendido regular todo el proceso de negociación y el pacto resultante⁵³². Un sistema democrático de relaciones laborales debe privilegiar la participación de los actores sociales, y no pretender ahogar dicha participación mediante una intervención atosigante del Estado⁵³³. En el caso chileno, se le ha otorgado al legislador un derecho de intervención *desde afuera*, a objeto de que fije el marco de acción de los actores sociales⁵³⁴. Pero, a diferencia de lo ocurrido en otros períodos históricos⁵³⁵, dicho marco, lejos de ser excluyente, debe crear los presupuestos necesarios para que la negociación colectiva actualice los intereses de los grupos sociales que actúan dentro de la empresa, asegurando su libre ejercicio, y preservando la autonomía colectiva de injerencias abusivas⁵³⁶. Un intervencionismo riguroso y excesivo desnaturalizaría el mandato constitucional, y desvirtuaría la función normativa que se le otorga a la propia negociación colectiva. Ello deja en

⁵³² Vid. por ejemplo el art. 22.2 de la Constitución de Grecia de 1975: “Las condiciones generales de trabajo serán determinadas por la ley y serán complementadas por convenios colectivos de trabajo, concertadas mediante negociaciones libres, y en caso de fracaso de éstos por disposiciones fijadas por medio de arbitraje”; y el art. 37.1 de la Constitución española: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral”. En el plano doctrinal cfr. también RODRIGUEZ-SAÑUDO, cit., p. 343.

⁵³³ Cfr., por todos, CAMPOS ALONSO, cit., p. 388; y MORGADO VALENZUELA, “Necesidad”, cit., p. 162.

⁵³⁴ De conformidad con el art. 65 N° 5 CPR las leyes relativas a la negociación colectiva son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República: “Art. 65. Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: N° 5°. Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar”.

⁵³⁵ En lo que respecta a los períodos de intervención legal en las relaciones colectivas de trabajo, vid. ROJAS MIÑO, “La legislación laboral”, cit., pp. 375 y ss.

⁵³⁶ Cfr. VALDES DAL-RE, “La negociación colectiva”, cit., p. 479. Vid. también MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 653: “Las normas estatales de contenido laboral no regulan de forma completa y cerrada las relaciones laborales, ya que su objetivo más directo es la fijación de contenidos mínimos que pueden ser desarrollados, completados o mejorados por la autonomía colectiva”; y PALOMEQUE LOPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, cit., p. 609: “Y garantizar el derecho a la negociación colectiva significa (...) asegurar su libre ejercicio, preservando la autonomía colectiva de injerencias abusivas procedentes de los poderes públicos”.

evidencia que el derecho a la negociación colectiva se proclama, esencialmente, “no tanto frente a unos determinados representantes de los empresarios o de los trabajadores, sino frente al Estado”⁵³⁷.

Como se ha dicho, la intervención del legislador no supone que el constituyente haya optado por un modelo institucional rígido o excesivamente reglamentario. Un criterio interpretativo como ese implicaría negar la autonomía de los grupos colectivos y, en cierta forma, eclipsaría el libre juego de los actores sociales. Además, supondría subordinar la autonomía colectiva a la normativa de origen estatal⁵³⁸. Por el contrario, el mandato que el constituyente le entrega al legislador no impide que el sistema de negociación colectiva sea configurado como un modelo abierto que admite la coexistencia de reglas de origen legal con hábitos y prácticas negociadoras de carácter voluntario⁵³⁹. De allí que la intervención legal deba ser vista como un marco lo suficientemente apto y flexible para permitir el libre juego de los grupos organizados, así como del empleador, asegurando la autonomía de los agentes involucrados⁵⁴⁰.

Con todo, la intervención del legislador no puede ser minusvalorada al momento de configurar el modelo de negociación colectiva⁵⁴¹. La premeditada flexibilidad que, en determinados aspectos, asume el inciso quinto del art. 19 N° 16 deja en evidencia que la Constitución prefiere que varios ámbitos esenciales del modelo sean estructurados precisamente por el legislador de acuerdo a las circunstancias históricas y sociales que rodean la aplicación del derecho fundamental⁵⁴². De allí

⁵³⁷ Cfr. SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTECINOS, Ignacio, *Derecho Sindical*, 4° edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 375. Y, refiriéndose a la Constitución española, agregan en p. 376: “La Constitución reconoce, pues, un derecho de las partes a negociar sin injerencias externas del Estado (...) Y ello lo hace precisamente para distinguirse del derecho anterior, en el que las intervenciones administrativas se prodigaban en exceso”. Vid. también OJEDA AVILES, cit., p. 600: “lo nuclear de él (derecho a negociar) consiste en la libertad para regular las condiciones de trabajo mediante instrumentos colectivos que tengan preferencia en esta materia sobre la regulación pública”.

⁵³⁸ Cfr. RODRIGUEZ-SAÑUDO, cit., p. 345. Cfr. también DIEZ-PICAZO GIMENEZ, “Sistema”, cit., p. 496. Para un análisis del ordenamiento nacional, a partir de la reforma introducida por la Ley N° 19.759, de 2001, vid. GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “La Reforma Laboral y la Libertad Sindical”, RLCH (2002), pp. 72 y ss.

⁵³⁹ Cfr. en esta línea el art. 4° del Convenio N° 98 de la OIT, de 8 de junio de 1949, ratificado por Chile con fecha 1 de febrero de 1999. En igual sentido vid. VALDES DAL-RE, “La negociación colectiva”, cit., p. 487.

⁵⁴⁰ Estas exigencias de autonomía han sido recogidas, por lo demás, en otros preceptos de la Constitución. En efecto, el art. 60, inciso cuarto, de la Carta de 1980 establece expresamente que cesará “en su cargo el diputado o senador que ejercite cualquier influencia ante las autoridades administrativas o judiciales a favor o representación del empleador o de los trabajadores en negociaciones o conflictos laborales, sean del sector público o privado, o que intervengan en ellos ante cualquiera de las partes”.

⁵⁴¹ Cfr., por todos, GONZALEZ ORTEGA, cit., pp. 396 y s.

⁵⁴² Cfr. CORREA CARRASCO, cit., pp. 123 y 142. Y agrega en p. 272: “Ello significa que el mo-

que, en el ejercicio de esta facultad, el art. 303 del Código del Trabajo ha definido la negociación colectiva como el procedimiento a través del cual uno o más empleadores se relacionan 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 remuneración por un tiempo determinado⁵⁴³.

3.2. Procedimientos adecuados para alcanzar una solución justa y pacífica

En materia de negociación colectiva, la Constitución ha señalado expresamente el deber legal de establecer las modalidades de negociación y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. Desde luego, ello supone alcanzar un resultado que se materializa en un instrumento colectivo y contractualmente acordado. No tendría sentido exigirle al legislador la implantación de un procedimiento sin indicar la consecuencia del mismo. Y esa consecuencia supone reconocerle eficacia a los acuerdos alcanzados en el sentido de que operan como una verdadera ley para las partes⁵⁴⁴.

Los procedimientos que regula el legislador deben partir de la aceptación del pluralismo social y de la reafirmación de la libertad de contratación, en el sentido que son las partes negociadoras las que determinan a qué acuerdos llegan durante el proceso negociador. Dichos procedimientos deben centrarse en alcanzar un objetivo permanente requerido por todo ordenamiento: *juridificar* los poderes, limitar las libertades abusivas y pacificar los conflictos sociales⁵⁴⁵.

delo legal es, por definición, un modelo contingente, mutable en función de las circunstancias sociales, económicas y culturales concurrentes en cada momento histórico y determinantes, en última instancia, de la posición de cada uno de los protagonistas que intervienen en las relaciones laborales”.

⁵⁴³ Parte de la doctrina nacional ha cuestionado la idea de que los procesos de negociación colectiva tengan que establecer condiciones *comunes* de trabajo, tal como lo prescribe el art. 303. Vid. MORGADO VALENZUELA, “Necesidad”, cit., p. 165: “los nuevos sistemas productivos y la nueva organización del trabajo tienden a dar un creciente protagonismo a focalizaciones más individualizadas en la determinación de las remuneraciones y condiciones de trabajo. Por ello, en la negociación colectiva, el establecimiento de condiciones ‘comunes’ tiende a ser acompañado y –en ciertos casos- a ceder paso a la fijación de condiciones ‘diferenciadas’, si bien retienen el carácter de comunes aquellas condiciones establecidas como ‘pisos mínimos’”.

⁵⁴⁴ Cfr. ALONSO OLEA, “Artículo 37.1”, cit., p. 608.

⁵⁴⁵ Cfr. MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 649. Vid. también DIEGUEZ, Gonzalo, *Orden público y conflictos colectivos*, EUNSA, Pamplona 1976, pp. 126 y ss.; GONZALEZ BIEDMA, Eduardo, “Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas”, en *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid 1994, p. 217; y MERCADER UGUINA, Jesús R., “Sistema de fuentes y globalización”, REDT N° 119 (2003), pp. 667 y ss.

Adicionalmente, la Constitución señala que los procedimientos deben tender a una solución justa y pacífica de los conflictos. Con esta redacción, los redactores de la Carta Fundamental optaban por un mecanismo de resolución que privilegiara los medios de mayor concordancia en contraste con medios de presión social más vinculados al recurso de la acción directa.

La solución pacífica obliga a que los mecanismos de solución tiendan o al acercamiento de posturas enfrentadas a objeto de que las propias partes lleguen a acuerdo o bien a la intervención dirimente de un tercero cuando lo primero no fuese factible⁵⁴⁶, todo ello dentro de los marcos de juridificación del conflicto. No hay que olvidar a este respecto, que la negociación es un método de prevención y solución que permite reemplazar actitudes confrontacionales propias del conflicto abierto⁵⁴⁷.

Y una vez alcanzado el acuerdo, la solución pacífica implicaría respetar el principio de “*pacta sunt servanda*”, en el entendido que las partes no pueden desconocer lo acordado ni utilizar medidas de presión para negar el contrato colectivo durante la vigencia del mismo⁵⁴⁸.

Con todo, esta opción no puede ser vista como una negación del uso legítimo –y jurídico- de los medios de presión social cuando ello proceda legalmente⁵⁴⁹; más bien, se trata de privilegiar mecanismos de solución que tiendan a resolver el conflicto de manera natural y pacífica, sin tener que recurrir permanentemente a medidas de última instancia o ajenos a los parámetros que entrega el ordenamiento jurídico. La experiencia deja al descubierto que el contacto directo y flexible entre las partes es el medio más eficaz para alcanzar la paz industrial⁵⁵⁰. De allí que las invocaciones de la Constitución en orden a conseguir una solución pacífica no pueden asimilarse a prohibiciones generales en el uso legítimo de medios de presión durante el proceso de negociación.

⁵⁴⁶ Cfr. BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El arbitraje laboral*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1993, pp. 32 y s.

⁵⁴⁷ Vid. MORGADO VALENZUELA, “Necesidad”, cit., p. 163.

⁵⁴⁸ Cfr. SALAFRANCO y ALBIOL MONTECINOS, cit., p. 378. Vid. también OJEDA AVILES, cit., p. 640: “La doctrina germánica ha ultimado una teoría general de los deberes inmanentes del acuerdo colectivo, en el cual se inserta el deber de paz como parte, al afirmar que aquél presupone tácitamente el cumplimiento para las organizaciones signatarias de tres deberes: el de aplicarlo –Durchführungspflicht-, el de inducir a sus afiliados a su cumplimiento –Einwirkungspflicht- y el de no mover conflictos sobre lo acordado –Friedenspflicht-”.

⁵⁴⁹ Como señala MONTROYA MELGAR, “Derecho”, cit., p. 694, “no se debe pensar –al menos en el actual grado de desarrollo de las relaciones obrero patronales- que los llamados medios ‘pacíficos’ de solución de conflictos colectivos estén destinados a sustituir por completo, haciéndolos inservibles, a los medios de presión social”.

⁵⁵⁰ Cfr. CABANELLAS, cit., T. III, Vol. 2, p. 359.

La justicia de la solución, por su parte, nos remite nuevamente a conceptos de carácter axiológico, pero que sin duda intentan circunscribir el ámbito de las pretensiones formuladas durante el proceso negociador. En efecto, del contexto que rodeó la dictación de esta norma se infiere un deseo por parte de los redactores de la Constitución en orden a que la negociación colectiva atendiera las posiciones de ambas partes, sobre todo en materia de productividad⁵⁵¹. La justicia de la solución, por lo tanto, nos arrastra hacia la necesaria fundamentación y racionalidad de las pretensiones, teniendo presente que las demandas debían estar estrechamente vinculadas a la productividad de la organización empresarial⁵⁵².

Por último, habrá que señalar que la solución justa y pacífica del conflicto no implica la desaparición de los intereses contrapuestos, pero facilita la resolución del proceso negociador, adaptándose a los cambios externos que experimenta la empresa⁵⁵³. Permite superar, además, la idea de un conflicto permanentemente patológico⁵⁵⁴, dando paso a una conflictividad regulada, más ofensiva, que “busca un conocimiento de las causas de los problemas y se intenta orientar la empresa en el sentido más útil y eficiente para los distintos intereses implicados”⁵⁵⁵.

4. Los supuestos de arbitraje obligatorio y la participación de tribunales especiales

La parte final del inciso quinto del art. 19 N° 16 CPR plantea la posibilidad de que ley establezca 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. Se trata, por cierto, de un procedimiento extrajudicial que intenta sacar a la lógica del conflicto de aquellas soluciones fundadas en medidas de presión⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Un ejemplo de estos criterios se puede observar en el Decreto Ley N° 2.758, de 1979, cuyo considerando cuarto señaló que para lograr resultados positivos en un proceso negociador es conveniente radicarlo en la unidad empresa, “pues de esta manera es posible lograr que los trabajadores obtengan una remuneración que siendo justa, se adecue a su productividad”. En relación con los argumentos que se han esgrimido para asociar los procesos de negociación a la productividad de la empresa vid. GLADSTONE, Alan, *El arbitraje voluntario de los conflictos de intereses*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1988, pp. 33 y ss.; y MORGADO VALENZUELA, “Necesidad”, cit., p. 169. Para un análisis de la relación existente entre productividad y remuneraciones vid. además VERGARA DEL RIO, Mónica, “Productividad, salarios y negociación colectiva”, RLCH (1999), pp. 75 y ss.

⁵⁵² Cfr. VALDES RODRIGUEZ, Alfredo, “La negociación colectiva a partir del Plan Laboral”, en *La Negociación Colectiva en Chile*, Gestión, Santiago 1997, pp. 271 y ss.

⁵⁵³ Cfr. MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 659.

⁵⁵⁴ Cfr., por todos, SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 518.

⁵⁵⁵ Vid. MONEREO PEREZ, “El derecho”, cit., p. 677.

⁵⁵⁶ Cfr. GONZALEZ BIEDMA, “Los procedimientos”, cit., p. 219.

En el ámbito laboral, los conflictos a los cuáles se enfrenta este tercero pueden ser de dos tipos: de *intereses* y *jurídicos*. En el *conflicto de intereses*, el objeto mismo de la intervención es la formulación que se va a dar a un nuevo contrato. En estos casos, el tercero ayuda a que las partes creen una nueva norma (v. gr., conciliación o mediación) o bien la crea por sí mismo (ese es el caso del arbitraje). En el *conflicto jurídico*, por su parte, se hace referencia a discrepancias vinculadas con normas o con interpretación de cláusulas. De esta manera, en el conflicto jurídico el tercero se encuentra sujeto a una norma previa que necesariamente debe interpretar o aplicar. Como se puede apreciar, en el conflicto jurídico el tercero llamado a resolver la negociación se comporta como una especie de juez, altamente profesionalizado, encargado de aplicar e interpretar las normas; en el conflicto de intereses, por el contrario, el tercero busca el logro de un convenio de contenido normativo⁵⁵⁷.

Ya sea que se trate de un conflicto jurídico o de intereses, el orden constitucional chileno ha abierto la posibilidad del arbitraje obligatorio. Lo cierto es que las referencias al arbitraje son bastante atípicas en el Derecho comparado, y en los casos en que se ha admitido sólo se refieren a figuras de arbitraje voluntario⁵⁵⁸. Más aún, la OIT lo considera un mecanismo intervencionista estatal que podría menoscabar el derecho de huelga, salvo los supuestos de paralización en servicios esenciales y en la Administración Pública⁵⁵⁹. Lo que ocurre es que en el Derecho comparado se tiende a la aplicación de dos principios cardinales en materia de negociación: el de *voluntariedad* y el de *prioridad*. Por el primero de los principios mencionados se busca que el tercero ayude a que las partes logren un acuerdo, sin imponérselo. El principio de prioridad, por su parte, plantea la necesidad de que se induzca a las partes a utilizar procedimientos autónomos para la solución de los conflictos “y en particular que –salvo concretas razones

⁵⁵⁷ Cfr. BALLESTERO PASTOR, cit., pp. 33 y s. Vid. también ALONSO GARCIA, Manuel y otros, *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1979, p. 22; y GLADSTONE, cit., pp. 1 y s. Cfr. también GOULD, W. B., “El sistema de arbitraje en los Estados Unidos”, en *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid 1994, p. 210. Durante la vigencia de la Carta de 1925, ambos tipos de conflictos habían sido recogidos por la legislación nacional. Así, por ejemplo, el art. 44 del Decreto 839, de 30 de noviembre de 1944, señalaba que la Junta de Conciliación debía clasificar las peticiones formuladas en dos grupos: “1. Las que signifiquen cuestiones relativas a la mera aplicación de las leyes y reglamentos, y 2. Las que importen reivindicaciones económico-sociales que la ley no imponga o determine”.

⁵⁵⁸ Cfr., por todos, TREU, Tiziano y otros, *Relaciones de trabajo en la Administración Pública: un estudio comparativo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1993, p. 23.

⁵⁵⁹ Cfr. BALLESTER PASTOR, cit., p. 23. Y agrega en p. 60: “La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones tras señalar que la supresión del derecho de huelga es una restricción del derecho a la libertad sindical establece que puede venir encubierto en un arbitraje obligatorio aunque matice que no toda restricción o limitación del derecho de huelga debe resultar ilícita”; y en p. 72: “pero no necesariamente cabe deducir de la doctrina de la OIT que la instauración de un arbitraje obligatorio es siempre atentatoria del derecho a la negociación colectiva”.

en contrario, un conflicto no debería remitirse a arbitraje en tanto no se hayan agotado tales procedimientos autónomamente acordados⁵⁶⁰. De allí que exista una valoración más bien negativa del uso obligatorio del arbitraje.

Con todo, habrá que reconocer que la fórmula que plantea la Constitución no es del todo nueva. Constaba en un antiguo proyecto de reforma constitucional que, en el año 1960, había presentado a tramitación parlamentaria el Gobierno del Presidente ALESSANDRI RODRIGUEZ. En dicho proyecto, y para determinados casos, la solución del conflicto colectivo debía someterse al arbitraje de tribunales especiales de expertos, los cuales debían tener en cuenta, al momento de resolver, los intereses en conflicto y los intereses de la colectividad. Aún cuando este proyecto no avanzó en su tramitación parlamentaria, lo cierto es que el mismo sirvió de base para la discusión de una normativa muy similar. La fórmula acogida por los redactores de la Carta Fundamental calzaba, por lo demás, con la idea de que era perfectamente lícita la utilización de otros medios de solución a los conflictos laborales⁵⁶¹. Y, en general, esta idea fue aceptada por los demás miembros de la Comisión ORTUZAR⁵⁶².

Parte de este procedimiento se justificaba por la reticencia que los miembros de dicha Comisión tenían en relación con la huelga y los conflictos colectivos. Para algunos de ellos, la huelga debía ser reemplazada por mecanismos de conciliación y arbitraje obligatorio⁵⁶³. En este último caso, incluso se llegó a plantear la alternativa de que los tribunales arbitrales tuviesen facultades de imperio para cumplir sus resoluciones, comportándose en la práctica como tribunales especializados e independientes de última instancia⁵⁶⁴. En el fondo, entre algunos miembros de la comisión redactora existía la idea que la negociación colectiva

⁵⁶⁰ Vid. KAHN FREUND, cit., p. 189.

⁵⁶¹ Vid. la opinión de GUZMAN en ACTAS, cit., sesión N° 210, pp. 10 y s.: “estima que los conflictos colectivos del trabajo requieren mecanismos eficaces de solución justa (...) Precisamente es la solución de tribunales arbitrales, ya sea, de expertos, ya sea los ordinarios de justicia; en principio se inclina más por la solución de tribunales de expertos, dada la naturaleza del tema, tribunales que, de alguna manera, también puedan contemplar la participación de los interesados, de las partes en conflicto, dentro de toda la mecánica que ellos llevan a cabo”.

⁵⁶² Así, por ejemplo, OVALLE propuso en ACTAS, cit., sesión N° 209, p. 17, la siguiente redacción en esta materia: “Los conflictos laborales, individuales o colectivos, serán resueltos por tribunales especializados. Estos, en la solución de los conflictos colectivos, procederán como jurado y dispondrán de las atribuciones que sean necesarias para imponer sus decisiones”. Vid. también ACTAS, cit., sesión N° 210, p. 11.

⁵⁶³ Cfr. la opinión de GUZMAN en ACTAS, cit., sesión N° 374, p. 2638: “si se suprime la palabra ‘obligatorio’ y se deja las expresiones “que contemplen fórmulas de conciliación y de arbitraje”, se abre una posibilidad mucho más amplia para que los propios trabajadores voten y resuelvan entre el arbitraje o la huelga, y decidan ir a la huelga por un quórum determinado y calificado, en votación secreta, pensamiento que existe en algunos miembros del Consejo de Estado, o decidan ir al arbitraje”.

⁵⁶⁴ Vid. la tesis de DIEZ y GUZMAN en ACTAS, cit., sesión N° 210, pp. 10 y 13.

podía llegar a promover la proliferación de conflictos, cuestión que por cierto terminaba reduciendo el significado de la misma como método de autocomposición de intereses⁵⁶⁵.

En síntesis, las ideas centrales del inciso quinto se encuentran en la lógica de someter determinadas negociaciones colectivas a arbitraje obligatorio y que la resolución de los mismos se encuentre radicada en tribunales especializados de expertos.

4.1. Negociación colectiva y arbitraje obligatorio

La primera hipótesis que plantea la Constitución a este respecto se refiere a la necesidad de que la ley establezca los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio⁵⁶⁶. El arbitraje es un procedimiento heterónomo de resolución que consiste en confiar la decisión de un conflicto a un tercero, “con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto que las partes, por intereses divergentes, han sometido a su decisión”⁵⁶⁷.

Doctrinariamente, el arbitraje obligatorio alude a aquella modalidad establecida por el Estado quien remite al conocimiento de los árbitros ciertos y determinados conflictos a objeto de alcanzar una solución pacífica del mismo en

⁵⁶⁵ Sobre esto último en particular vid. los fundamentos que se esgrimen para favorecer una negociación descentralizada en MORGADO VALENZUELA, “Necesidad”, cit., p. 170. Vid. también en relación con este tipo de críticas durante la vigencia de la Carta de 1925, ALVEAR URRUTIA, Jorge, “Comentario crítico a las disposiciones legales sobre conflictos colectivos del trabajo”, RDJ T. XLIII (1946), primera parte, p. 76. Vid. además y a mayor abundamiento GAMONAL CONTRERAS, “Ciudadanía”, cit., p. 68: “En este ámbito claramente hay un retraso en relación a las enmiendas al derecho individual, manteniendo una legislación que tiene cierta suspicacia con la actividad sindical, considerándola un monopolio que crea distorsiones y desajustes en el mercado de trabajo y que, por ende, debe ser limitado”.

⁵⁶⁶ De conformidad con el art. 355 del Código del Trabajo, el arbitraje será obligatorio en aquellos casos en que estén prohibidos la huelga y el cierre temporal de la empresa, así como en los supuestos de reanudación de faenas.

⁵⁶⁷ Cfr. CABANELLAS, cit., T. III, Vol. 2, p. 401. Vid. también ALONSO GARCIA, *La solución*, cit., p. 49. Por cierto, no se trata de una figura completamente nueva en el orden legal, ya que el Código del Trabajo del año 1931 admitía el arbitraje, aunque *voluntario*, en caso de fracasar el procedimiento de conciliación. Con todo, el inciso tercero del art. 617 del Código del Trabajo de 1931, establecía un supuesto indirecto de arbitraje obligatorio, en los siguientes términos: “Si ofrecido el arbitraje, no fuere aceptado por el empleador o patrón, los mejoramientos que en definitiva acuerden las partes o que se determinen por sentencia arbitral, tendrán efecto retroactivo desde la fecha en que se hubiere formulado la proposición de arbitraje rechazada por el patrón. A la inversa, si la negativa proviniera de los obreros o empleados, dichos mejoramientos no podrán imputarse sino a contar de la fecha en que se firme el avenimiento, se expida el fallo arbitral, o la fecha que fije el tribunal”. Sobre el particular vid. GAETE BERRIOS, Alfredo, *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1949, pp. 276 y s. Cfr. también ALVEAR URRUTIA, Eduardo, “El arbitraje obligatorio en la legislación del trabajo”, RDJ T. XXXIX (1942), primera parte, pp. 61 y ss.

razón de los intereses generales o de la paz social⁵⁶⁸. Su utilización, al menos en épocas pasadas, se ha esgrimido para mantener la paz industrial y para asegurar un sistema técnicamente más completo en el establecimiento de las condiciones de trabajo⁵⁶⁹. La obligatoriedad no se refiere tanto al procedimiento como a su competencia y resultados, en el sentido que el laudo arbitral debe ser aplicado a las partes independientemente de su aceptación⁵⁷⁰. De esta forma, el árbitro, tercero imparcial, resuelve la contienda entre partes y dicta un laudo de obligatoria observancia.

En el caso chileno, la imperatividad de la redacción utilizada por el art. 19 N° 16 CPR deja en evidencia que se trata de un mandato dirigido al legislador y no a otra autoridad administrativa o judicial⁵⁷¹; y que la obligatoriedad se hace extensiva tanto al procedimiento arbitral como al carácter vinculante que tiene el laudo para las partes⁵⁷². De esta forma, la Constitución faculta al legislador para que establezca, en determinados casos, un arbitraje que evite perturbaciones graves de la paz social encontrando la solución más rápida y justa posible.

Como se desprende del propio texto constitucional, la facultad que se le otorga al legislador es excepcional y para casos específicos. Un criterio distinto simplemente desnaturalizaría la figura de la negociación colectiva y la exclusividad de cada sujeto para adoptar las decisiones jurídicas que les son propias, haciendo inoperante no solo el procedimiento sino que, también, medidas de presión tradicionales como es el caso de la huelga. En el fondo, la CPR acepta que para ciertos casos, el legislador, fundado en el interés público, penetre en la esfera privativa y soberana de los sujetos colectivos, sustituyéndolos por un árbitro encargado de resolver la contienda⁵⁷³.

Por último, habrá que convenir que la fórmula planteada por la Constitución parece encaminarse precisamente hacia un arbitraje de intereses, que permita resolver el conflicto y obtener un nuevo contrato colectivo. Más aún, la legislación

⁵⁶⁸ Vid. GARCIA ABELLAN, Juan, *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1969, p. 227. Vid. también DURAN LOPEZ, Federico, “Medios de solución no jurisdiccionales de los conflictos laborales: el arbitraje”, REDT N° 41 (1990), pp. 27 y ss.

⁵⁶⁹ Cfr. GARCIA ABELLAN, *Derecho de conflictos*, cit., pp. 228 y s.; y GLADSTONE, cit., pp. 4 y ss.

⁵⁷⁰ Sobre los diversos alcances que cabe atribuirle al término *obligatorio* vid. KAHN FREUND, cit., pp. 183 y s.

⁵⁷¹ Cfr. por todos BULNES ALDUNATE, “La libertad de trabajo”, cit., p. 136.

⁵⁷² La obligatoriedad del arbitraje contrasta, en parte, con la Recomendación N° 92 de la OIT, de 1951, la cual prefiere los casos de arbitraje facultativo. Más aún, esa misma Recomendación señala que ninguna de las disposiciones de dicho instrumento “podrá interpretarse de cualquier modo en menoscabo del derecho de huelga”.

⁵⁷³ Cfr. MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986, pp. 285 y s.

reguladora de esta norma ha optado por un arbitraje de última oferta, en el que el árbitro opta por aquella proposición de las partes que le parezca más aceptable, de manera tal que la contraposición de intereses no queda reducida a un enfrentamiento sin solución⁵⁷⁴. De esta forma, en la hipótesis en que se funda la Constitución, el rol del árbitro no consiste tanto en resolver un problema de interpretación normativa o contractual. Simplemente, busca dar una salida a una contraposición que se refleja en la falta de acuerdo negocial.

4.2. Tribunales especiales de expertos

La solución adecuada de conflictos laborales ha permitido constatar que este tipo de negociaciones requiere de procedimientos y órganos especializados⁵⁷⁵. La especialización de estos tribunales resultaba esencial para algunos miembros de la Comisión ORTUZAR, cuestión que hace recordar en parte el procedimiento americano del *Fact Finding Board*, el cual consistía en crear comisiones de investigación especializadas que se confiaban a personalidades elegidas ad-hoc⁵⁷⁶.

Lo anterior permitiría separar la figura constitucional creada de otras alternativas legales ya conocidas a la época y que se reducían a simples arbitrajes obligatorios. De allí la referencia a que los conflictos debían ser resueltos por tribunales especiales de expertos, cuestión que dejaba en evidencia un nuevo género de solución

⁵⁷⁴ El art. 363 del Código del Trabajo indica que el árbitro está obligado a fallar a favor de una de las dos proposiciones de las partes, vigentes al momento de someterse el caso a arbitraje, debiendo aceptarla en su integridad. Para emitir su fallo, el mismo artículo le exige al árbitro que funde su decisión en criterios tales como la comparabilidad de la industria, el grado de especialización y experiencia de los trabajadores, o los aumentos de la productividad. En la práctica, según ha recalcado la doctrina (cfr. GOULD, cit., p. 211), este tipo de procedimientos anima a las partes a transigir, “y a que se esfuercen en hacer que la suya sea la postura más razonable, en la certeza de que el árbitro no está capacitado para repartir a partes iguales”. Desde luego, si el árbitro tuviese capacidad para imponer otro instrumento, distinto al consignado en las últimas proposiciones de las partes, entonces las cualidades personales de éste adquirirían mayor relevancia. Por ejemplo, la asertividad y seguridad personal, la iniciativa para crear nuevas condiciones, sin limitarse a repartir equitativamente lo reivindicado, la carencia de prejuicios o inclinaciones, así como los conocimientos técnicos, entre otras varias cuestiones (cfr. BALLESTER PASTOR, cit., pp. 120 y s. Vid. también DURAN LOPEZ, “Medios”, cit., p. 32; y GLADSTONE, cit., pp. 67 y ss.).

⁵⁷⁵ Cfr. CABANELLAS, cit., T. III, Vol. 2, p. 360.

⁵⁷⁶ En el *fact finding* se articula un procedimiento consistente en confiar a un grupo de individuos neutrales la clarificación del conflicto. Estos llevan a cabo una completa investigación comprendiendo audiencias y análisis de todo tipo de pruebas a objeto de evacuar un informe relacionado exclusivamente sobre los hechos. Con todo, habrá que reconocer que esta figura se asemeja más a instancias tales como la conciliación y la mediación. Sobre el particular vid. BALLESTER PASTOR, cit., p. 18; y GOULD, cit., pp. 209 y ss. Vid. también KAHN FREUND, cit., p. 212, y su referencia a países como Australia y Nueva Zelanda, en que se utiliza bastante el recurso de arbitraje obligatorio, con personas independientes y especializadas.

de conflictos a cargo de personas idóneas y especializadas que “*velaran por la justicia entre las partes y el interés de la comunidad*”⁵⁷⁷.

Estos tribunales han sido creados directamente por la Constitución, razón por la cual el legislador no podría abolirlos. Con todo, la regulación que efectúa la Carta Fundamental no puede llevar a concluir que se trata de organismos con “jerarquía máxima o de rango constitucional”⁵⁷⁸. Por cierto, en el ánimo de los redactores de la Constitución estaba el que estos órganos gozaran de la máxima autonomía. La independencia quedaba reflejada en la imposibilidad de que estos tribunales estuviesen formados por funcionarios del Poder Ejecutivo, o por personeros que integraran el Poder Judicial. De esta manera, se buscaba evitar que conflictos de esta naturaleza estuvieran radicados en la justicia ordinaria⁵⁷⁹. Lo expuesto no fue óbice para que, en definitiva, estos tribunales quedaran sometidos a la superintendencia correccional, directiva y económica de la Corte Suprema⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 210, p. 15.

⁵⁷⁸ Cfr. CEA EGAÑA, *Derecho*, cit., T. II, p. 437.

⁵⁷⁹ Sobre el particular vid. la distinción efectuada por SILVA BASCUÑAN en *ACTAS*, cit., sesión N° 210, p. 21, en el sentido de que en la actuación de estos tribunales habría que distinguir dos tipos de decisiones: (i) Una de carácter económica y social; y (ii) otra de tipo jurídico: “hace presente que a él le parece que cuando estos tribunales entran al terreno de la jurisdicción con la autonomía que se les quiere dar, participan de dos tipos de decisiones: uno, de carácter sustantivamente económico y social, en el que no cabría la superintendencia de la Corte Suprema, y otro, de aspecto jurídico, como sería, por ejemplo, un conflicto basado en una interpretación jurídica”.

⁵⁸⁰ Cfr. CEA EGAÑA, *Derecho*, cit., T. II, p. 437. Este criterio se aparta de las prácticas seguidas en el Derecho comparado, en que a los arbitrajes establecidos obligatoriamente por los poderes públicos se les atribuía naturaleza estrictamente administrativa (cfr. BALLESTERO PASTOR, cit., p. 22). Cabe tener presente, en todo caso, que la jurisprudencia anterior a la Carta de 1980 observaba a los tribunales que intervenían en conflictos colectivos como órganos ajenos al orden judicial. Vid. entre otras sentencia de la CORTE SUPREMA de 22 de agosto de 1947, RDJ T. XLVI (1947), sección tercera, p. 119; sentencia de la CORTE SUPREMA de 3 de julio de 1961, RDJ T. LVIII (1961), sección tercera, p. 45; y sentencia de la CORTE SUPREMA de 31 de enero de 1968, RDJ T. LIV (1968), sección tercera, p. 14. Para una visión general vid. YAÑEZ ALCAINO, Luis Fidel, *Control y facultades de la Corte Suprema sobre los tribunales especiales, jurisprudencia*, Universitaria, Santiago 1962, pp. 68 y ss.

X. LA HUELGA⁵⁸¹

La última categoría que regula el art. 19 N° 16 CPR, es la de la huelga. Se trata de una regulación indirecta, planteada en términos negativos, y en la cual se subrayan las hipótesis de la prohibición. En la práctica, el inciso sexto del art. 19 N° 16 CPR fue redactado de tal forma que se pretendió consagrar a la huelga no tanto como un derecho constitucional (cosa que sí ocurrió con la negociación colectiva), sino como un hecho de relevancia jurídica que se define a partir de una condición negativa.

Históricamente, la huelga ha sido clasificada dentro de tres categorías con relevancia jurídica: como delito, como libertad o como expresión de un derecho⁵⁸². Consecuente con lo anterior, según fuese la opción que se tomase al respecto, la huelga podía erigirse en tres dimensiones: a) En primer término, se le consideraba una actuación negativa, perjudicial para la sociedad y, por tanto, similar a la comisión de un delito sancionable jurídicamente; b) Otra alternativa, implicó ver en la huelga el ejercicio de una acción neutral e indiferente para la sociedad, que si bien no constituía un delito, era fundamento de un abandono del trabajo o incumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato, transformándose, de esta manera, en un ilícito de carácter laboral, y c) Por último, se ha visto en la huelga la ejecución de un derecho –incluso constitucionalmente reconocido– que permite suspender las relaciones jurídicas que emanan del contrato, negando de esta forma la existencia de un ilícito, sea éste penal o laboral⁵⁸³.

En la actualidad, tanto los ordenamientos positivos como la ciencia jurídica en general reconocen en la huelga la existencia de un derecho, con reconocimiento tanto legal como constitucional, pero que en modo alguno puede ser considerado como una facultad absoluta. En este sentido, la huelga no pretende estructurarse como un poder normal u ordinario, sino excepcional, que opera a modo de dispensa o como justificación de una especie de legítima defensa⁵⁸⁴. Por

⁵⁸¹ En la presente sección hemos seguido de cerca el siguiente artículo: IRURETA URIARTE, Pedro, “Notas sobre el concepto constitucional de huelga”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVI N° 1 (2002), pp. 85 a 102. Dicho estudio ha sido complementado con nuevas referencias bibliográficas y con antecedentes posteriores a su publicación.

⁵⁸² Vid., por todos, OJEDA AVILES, cit., pp. 434 y ss.; y SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS, cit., p. 457.

⁵⁸³ Cfr. RAMIREZ MARTINEZ, Juan M. (director), GARCÍA O., Jesús y SALA FRANCO, Tomás, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1992, p. 205. Vid. también SANCHEZ MARTINEZ, M. Olga, *La huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid 1997.

⁵⁸⁴ Vid. CASSAGNE, Juan Carlos, *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid 1993, p. 33.

ello, si la figura de la huelga se produce, lo mejor que puede hacer el derecho en este caso es asegurarle una regulación. Por cierto, el ordenamiento parte de la base que el ideal sería no llegar a una instancia de esta naturaleza; que las partes involucradas en la relación laboral pudiesen alcanzar un acuerdo sin necesidad de verse afectadas por este tipo de medidas. Pero, después de transcurridos todos los espacios disponibles, sin encontrar una solución adecuada, los trabajadores gozan del derecho de ejercer medidas de presión mediante la figura de la huelga. Y eso es lo que a la legislación le interesa regular y proteger, de manera que se efectúe dentro de márgenes de razonabilidad y prudencia, sin afectar los derechos de terceros que son ajenos al proceso de la empresa y de los trabajadores organizados.

En este contexto, la huelga aparece como un derecho de excepción, un remedio extremo⁵⁸⁵, cuyo fundamento radica en el estado de necesidad que sufren los trabajadores, ya que su ejercicio implica desconocer o negar otras libertades fundamentales, asignándole mayor jerarquía a las libertades sindicales por sobre otros derechos. Ese es precisamente el alcance de la opción de la huelga ante el ordenamiento jurídico: reconocerle a los trabajadores la facultad de abstenerse en la prestación de sus servicios debido a que es el único remedio dentro de la normativa legal, para corregir elementos de desigualdad existentes en las relaciones laborales⁵⁸⁶. A mayor abundamiento, la huelga constituye un medio de autodefensa o autotutela colectiva cuyo objetivo es lograr la abstención concertada de las prestaciones laborales por los obligados a ellas en virtud de las relaciones jurídicas preexistentes⁵⁸⁷.

Ciertamente, el reconocimiento jurídico de la huelga no inhabilita al Estado para intervenir en aquellos casos en que el ejercicio del derecho derive en medidas ilícitas; en estos supuestos la huelga, al igual que muchos otros derechos, se entenderá subordinada a la búsqueda y aplicación del bien común por parte de ese Estado. De allí que deba sostenerse que la huelga no constituye un derecho absoluto capaz de sobrepasar las necesidades de toda la población⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ Vid., por todos, MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Los requisitos procedimentales del ejercicio del derecho de huelga”, en *Estudios sobre la Huelga*, Acarl, Madrid 1992, p. 51: “Hay también (...) una tradicional teoría de la huelga según la cual ésta sería la última ratio, el último recurso al que se acude cuando han fracasado una serie de intentos que cabalmente se sitúan, no en la vía de la acción directa, sino en la vía de los procedimientos”.

⁵⁸⁶ Como señala MACCHIAVELLO CONTRERAS, cit., p. 234, “la huelga es un elemento o factor de equilibrio dentro del cuadro económico-social, el cual está cimentado sobre la base de la libertad. En efecto, se habla de libertad de iniciativa económico-empresarial y libertad de fijación de las condiciones de trabajo. Junto a tal libertad está la necesidad de justicia social, la cual exige de libertad en la negociación colectiva, que sólo puede conseguirse en la medida en que contraten dos fuerzas de similar rango”.

⁵⁸⁷ Vid. CASSAGNE, cit., p. 31. Vid. también sentencia de la Corte Suprema de 11 de septiembre de 2007, GJ N° 327 (2007), pp. 309 y ss.

⁵⁸⁸ Vid., por todos, CABANELLAS, cit., T. III, Vol. 2, p. 126; y GONZALEZ BIEDMA, Eduardo,

Por el contrario, la huelga será un derecho privativo de los trabajadores, dentro del ámbito de la empresa y de sus relaciones laborales, pero dicho ejercicio no puede significar la inhibición de otros derechos que afectan a toda la comunidad y cuyo ejercicio se ve limitado por la aplicación de la huelga. De esta manera, la continuidad de los servicios esenciales de la comunidad no puede verse menoscabada por el ejercicio del derecho.

Esa es la lógica en que parece centrarse la Constitución: si bien la huelga constituye un derecho, reconocido implícitamente en el texto constitucional, su ejercicio encuentra límites en otros derechos relevantes para el orden social.

1. La huelga según los redactores de la Constitución de 1980

La Constitución de 1980, luego de un amplio debate en las diversas instancias de redacción de la Carta Fundamental, se inclinó por establecer una norma de carácter general que señalara los casos concretos en que se prohibía la huelga, dejando de esta manera abierta la puerta legal para la regulación de los demás casos no prohibidos. En razón de lo anterior, la huelga no se estructuró, para los redactores de la Carta de 1980, como un derecho formal (tal como se hizo con la negociación colectiva), sino un hecho esencialmente juridificado⁵⁸⁹.

Consecuente con lo anterior, el inciso final del actual art. 19 N° 16 del Código Político señala expresamente que: “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 artículo”.

La redacción final de este precepto fue el resultado de un extenso debate al interior de la Comisión ORTUZAR sobre la verdadera naturaleza de la huelga y sobre la necesidad de consagrarla constitucionalmente. Una primera conclusión a este respecto indica que para todos los redactores de la Carta Fundamental, la huelga constituía una medida extrema, y que si llegaba a estar amparada por el ordenamiento jurídico, éste debía establecerla como última instancia de un procedimiento justo y pacífico dentro de la negociación colectiva⁵⁹⁰.

Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa, Civitas, Madrid 1992, pp. 35 y ss.

⁵⁸⁹ Vid. la doctrina expuesta por Enrique ORTUZAR en *ACTAS*, cit., sesión N° 382, p. 2780.

⁵⁹⁰ Vid., por todos, WALKER LINARES, Francisco, *Derecho del Trabajo y Relaciones del Trabajo*, Ediar-ConoSur, Santiago 1989, p. 428: “el derecho chileno (...) actualmente no consagra en la forma amplia el denominado ‘derecho de huelga’, sino que acepta la huelga

Basados en las líneas anteriores, es posible advertir desde ya que para los redactores de la Constitución, la huelga ameritaba dos enfoques jurídicos. Uno de ellos, partía de la base que la huelga era 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 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. Y ello, desde luego, tiene una consecuencia jurídica inmediata: “La aceptación de la huelga como un derecho inserto en la Constitución significa algo más que el simple reconocimiento (...) el legislador no puede, al reglamentar este derecho, ni anularlo ni disminuirlo. De ahí la eficacia de la declaración constitucional”⁵⁹¹.

1.1. La huelga como un hecho ilícito

Una primera posición sustentada al interior de la Comisión redactora, partía de la base de que la huelga no podía ser considerada como un derecho amparado por la normativa constitucional, toda vez que su reconocimiento implicaría imponer la posición de un grupo determinado mediante la fuerza. Para fundamentar este criterio, se partía de la base que en caso alguno la huelga podía ser considerada como una consecuencia de la libertad de trabajo, ya que si alguien desea ejercer su libertad en un período determinado de la huelga, se vería afectado en atención a que la empresa se encontraba paralizada: “Diría que el derecho de huelga es una excepción a la libertad de trabajo, porque mientras se mantiene la huelga no se puede trabajar en una empresa determinada según la ley y, además, según el concepto de la terminología huelguística”⁵⁹².

Como consecuencia de esta posición, existía la idea de que la huelga debía ser prohibida. Lo anterior, se sustentaba en la creencia que si se establecían solamente casos excepcionales de prohibición de huelga, entonces el criterio general sería el de admitir la legitimidad de la paralización de actividades en

como una situación de hecho absolutamente excepcional y exclusivamente dentro del proceso de negociación colectiva reglado. Cualquier paralización de faenas fuera de dicha negociación, está absolutamente prohibida y es, incluso, en ciertos casos, considerada, como delito”.

⁵⁹¹ Vid. CABANELLAS, T. III, Vol. 2, cit., p. 127.

⁵⁹² Vid. la opinión de DIEZ en *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 23.

los casos no prohibidos por la Constitución⁵⁹³. Por ello, una alternativa a los conflictos sociales estaría en el establecimiento jurídico de la conciliación y del arbitraje obligatorio, que permitiría, a juicio de los partidarios de la prohibición, un acuerdo entre las partes, promovido por la autoridad, o la resolución del problema por un tribunal designado por ella. De esta manera, no existirían trabajadores en la indefensión, “porque es la autoridad la que tiene en su mano, aún dentro del concepto del derecho de huelga, las atribuciones para decretar la reanudación de faenas e impedir el conflicto”⁵⁹⁴. Y se agregó: “aun cuando es cierto que la huelga puede, a veces, constituir un hecho, no debe olvidarse que hay innumerables hechos que están fuera de la ley, y en la sesión de ayer se señalaba el hecho máximo que está fuera de la ley: el derecho a rebelión o el derecho al golpe de Estado. Piensa que a nadie se le ocurriría establecerlos en la Constitución ni encomendar a la ley disponer que determinadas personas no tienen tales derechos, pues sería ridículo, y en igual proporción resulta intelectualmente ridículo el derecho de huelga”⁵⁹⁵.

⁵⁹³ El propio Sergio DIEZ, al oponerse a la proposición formulada por la mesa de la Comisión, formuló una indicación alternativa del siguiente tenor: “En ningún caso en Chile se admite como legítima la huelga”. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 210, p. 3.

⁵⁹⁴ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 210, p. 10.

⁵⁹⁵ Cfr. la tesis expuesta por DIEZ en *ACTAS*, cit., sesión N° 210, pp. 10 y s. Esta idea ya la había expresado DIEZ en la sesión N° 195, estimando que la Constitución no debía consagrar el derecho de huelga, institución que consideraba profundamente perturbadora, no sólo para el desarrollo, no sólo filosóficamente, sino incluso para los trabajadores, constituyendo la expresión de la ley del más fuerte. Sobre el particular vid. sesión N° 195, pp. 10 y s. Una idea similar expresó GUZMAN en la sesión N° 374 al señalar que “no discute la validez de la huelga como expresión del derecho de rebelión, pero aclara que este caso (...) es diferente, ya que se refiere a la resistencia de facto contra una autoridad arbitraria”. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 374, p. 2640. En la misma línea, Jorge OVALLE era de la tesis que no se podía consagrar en la Constitución lo que él mismo denominó como “el derecho natural a la insurrección”, ya que ello implicaba aceptar otro tipo de soluciones que no se enmarcaban dentro del derecho. De esta manera, y al ser la huelga una situación de fuerza, no podía ésta ser considerada como un derecho que deba reconocerse constitucionalmente. El admitía, eso sí, que la huelga fue una necesidad y que gracias a ella y a la posibilidad de los trabajadores de unirse en torno a un principio económico es que se había logrado la evolución de la conciencia social en el sentido que era imposible perseverar en el abuso. No obstante, a su juicio, al consagrar en la Constitución “el derecho de huelga no están con ello defendiendo a los más débiles, porque la huelga es un derecho de los trabajadores y de los grupos de trabajadores fuertes, pero no protege ni al trabajador aislado, ni al independiente, ni al pequeño taller artesanal, ni al de la pequeña industria; es un derecho de los fuertes”. Vid., *ACTAS*, cit., sesión N° 198, p. 16. En virtud de lo anterior, OVALLE propuso a la mesa el siguiente texto alternativo: “Los conflictos laborales, individuales o colectivos, serán resueltos por tribunales especializados. Estos en la solución de los conflictos colectivos, procederán como jurado y dispondrán de las atribuciones que sean necesarias para imponer sus decisiones. *La huelga sólo procederá en caso de incumplimiento por parte de los empleadores de los fallos de dichos tribunales* (esta oración tenía el carácter de alternativa a objeto de concretar en una disposición específica el pensamiento a que él aludía). En ningún caso procederá la huelga en actividades que afecten a la seguridad nacional o a servicios que no puedan paralizarse sin grave daño para el país”.

Asimismo, la tesis de prohibir la huelga tenía su fundamento en la circunstancia que, de ignorarse su consagración, ya fuere como derecho o como hecho ilícito en determinados casos, el legislador podría reponer el criterio de reglamentar la huelga en la mayor parte de los casos no exceptuados por la Constitución.

En este orden de ideas, todo indica que el espíritu de algunos redactores de la Carta Fundamental era el de poner término a la huelga por considerarla una solución de fuerza que no tenía principio de justicia alguno⁵⁹⁶. En la práctica, se pretendía reconocer en la huelga la existencia de un hecho de fuerza, que se justificaba sólo en el evento de colocar a las partes en una igualdad para negociar⁵⁹⁷.

Sin embargo, y a pesar de que este criterio podía ser compartido por otros miembros de la Comisión redactora, se estimó que una tesis de esta naturaleza era contraproducente que se consagrara en el texto constitucional, rechazándose una prohibición expresa de la huelga. En esta dirección se expresó GUZMAN, cuando señaló que a su modo de ver “no sería prudente configurar una disposición que suprimiera por completo tal derecho (se refiere al de huelga), aún cuando no se estuviera atado por un pacto internacional, pues se trata de una idea que se está abriendo camino dificultosamente, y dice haber sido esa la razón que motivó a la Comisión a oponerse a la proposición del señor Díez relativa a la abolición constitucional de la huelga, para no cerrar completamente el paso a una iniciativa futura de acuerdo con el sentir predominante de la comunidad nacional de ese momento”⁵⁹⁸.

Criterios similares expresaron, en algunas sesiones, los Ministros del Trabajo del régimen militar Vasco Costa y Sergio Fernández. A juicio de este último, la nueva institucionalidad laboral debía evolucionar hacia un sistema que evitara que

⁵⁹⁶ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 373, p. 2622. En la misma ocasión Enrique ORTUZAR señaló que “si todos los conflictos podían ser resueltos por los tribunales, aun aquellos que atañen a la honra y a la vida, bien podían ser solucionados los relativos al trabajo por tribunales de expertos”. Por su parte, GUZMAN sostuvo que, si bien en su momento la huelga implicó una toma de conciencia sobre la carencia de mecanismos jurídicos para solucionar en justicia los conflictos laborales, el ejercicio de ella habría significado, en su opinión, una situación de privilegio que sólo logra ahondar las diferencias económicas existentes entre los trabajadores, toda vez que sólo algunos pocos trabajadores percibirían privilegios a costa de otros. Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 21. En el mismo sentido, véase la opinión de Juan de Dios Carmona en *ACTAS*, cit., sesión N° 382, p. 2787: “La huelga es un instrumento final y no un derecho y que incluso puede ser declarada ilegal”. Asimismo, según Raúl Bertelsen nadie podría sostener que la huelga constituía un derecho natural, “porque sólo es la última supervivencia de la fuerza en las relaciones sociales”. Vid. también *ACTAS*, cit., sesión N° 374, p. 2639.

⁵⁹⁷ Al respecto vid. la intervención de GUZMAN en *ACTAS*, cit., sesión N° 209: “Se podría sostener (...) que habría ciertos casos extremos en los cuales, en realidad, la huelga aparecía como la última reacción posible frente al atropello. Estima que, en ese caso -lo ha señalado el señor Díez con meridiana claridad, y él lo subraya-, se mueven ya en el orden que desborda el campo del derecho y entra en un terreno en que no puede pretenderse resuelto por el derecho”.

⁵⁹⁸ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 382, pp. 2789 y s.

los conflictos colectivos fueran solucionados por la fuerza, y, en ese contexto, la huelga aparecería como un hecho, no un derecho, que importa el uso de la fuerza: “reconocerlo como derecho sería amparar la fuerza”⁵⁹⁹. La fundamentación de Fernández discurría sobre la doctrina que el derecho de huelga no era tal ya que implicaba un abuso de ese propio derecho, perjudicando a toda la sociedad que se vería privada del servicio o del bien o del producto que esa actividad genera, lo que traería como consecuencia, en su parecer, que el resultado del conflicto colectivo no era indiferente ni para el Estado ni para la sociedad⁶⁰⁰. Por su parte, Vasco Costa reiteró esta posición, agregando que, a su modo de ver, la huelga no constituía un derecho, sino que un hecho ilícito que causa perjuicios a la sociedad, razón por la cual no era partidario de consagrarla como derecho de los trabajadores, en donde el marco económico podría ser sobrepasado, provocando un riesgo grave de anarquía y de incentivo al choque entre trabajadores y empresarios⁶⁰¹.

En conclusión, las tesis tendentes a considerar la huelga como un hecho, incluso ilícito, proponían como solución que los conflictos colectivos se resolvieran mediante el establecimiento de tribunales arbitrales obligatorios, a los cuales se sometiera la resolución del conflicto, de manera tal que en caso de no producirse un acuerdo entre trabajadores y empleador, las partes se sometiesen en forma coactiva a la competencia de un árbitro laboral.

1.2. La huelga considerada como derecho

Una segunda posición doctrinaria, al interior de la Comisión ORTUZAR, planteó la necesidad de reconocer constitucionalmente a la huelga como un derecho de los trabajadores, de conformidad a la ley. Ese fue el criterio que ya había asumido la Constitución de 1925, luego de la Reforma del año 1971, y en la ocasión fue sostenida, fundamentalmente, por Alejandro SILVA BASCUÑAN,

⁵⁹⁹ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 195, p. 9.

⁶⁰⁰ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 195, pp. 19 y s.

⁶⁰¹ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 382, p. 2781. Según Vasco Costa, “hay personas y sectores que afirman que, de acuerdo con el momento económico que se está implantando en Chile, la huelga no es hoy peligrosa ni dañina, sino beneficiosa (...) (pues) ningún empresario mantendría una huelga más allá de muy pocos días, ya que, de lo contrario, correría el grave riesgo de ver a su establecimiento en quiebra, por cuanto el consumidor acudiría de inmediato a adquirir los artículos que le fueren necesarios en algún otro que no estuviese paralizado”. No obstante, él mismo aclaró que esta posición no era recomendable en casos de monopolio o de huelgas influidas por el carácter político. De allí que el art. 17 del Decreto Ley N° 211, de 1973, que fijó normas para la defensa de la libre competencia, señaló que la Comisión Resolutiva tenía atribuciones para “f) Establecer de oficio o a petición de parte, y previo Informe del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fechas distintas de negociación colectiva para empresas de una misma rama de actividad, a fin de evitar que negociaciones en una misma fecha en distintas empresas puedan conducir a una situación monopólica”.

Enrique EVANS y los dirigentes sindicales invitados a participar en la discusión de la garantía.

El fundamento jurídico de esta posición, algunos lo enfocaron desde la óptica de la libertad de trabajo y el derecho de asociación⁶⁰², reconociendo en la huelga un derecho inserto en la naturaleza humana, que justifica el accionar de las organizaciones sindicales⁶⁰³. Por cierto, para los partidarios de la huelga como derecho, ella debía entenderse supeditada al bien común, sin perjuicio de lo razonable, justo y necesario que resulta ésta en una jerarquía de valores. La huelga, en este contexto, debía ser entendida como un instrumento de paz social, que evita los abusos de la parte empleadora, después de haberse utilizado todos aquellos recursos legales que permitiesen alcanzar la justicia. Por lo tanto, el derecho de huelga vendría a constituirse en un recurso de última instancia, que se utiliza justamente para conseguir un proceso justo y equitativo en las relaciones laborales⁶⁰⁴. En esta perspectiva, la huelga debía ser consagrada constitucionalmente como un derecho, pero reconociendo que el ordenamiento jurídico estaba facultado para implementar todos los mecanismos destinados a que en lo posible ella no se produjera⁶⁰⁵. De esta manera, la huelga se constituiría en una instancia final de justicia en las relaciones laborales.

⁶⁰² La fundamentación del derecho de huelga en la libertad de trabajo parte del siguiente raciocinio: el reconocimiento de esta libertad supone una autonomía del individuo para trabajar y, en sentido contrario, para dejar de hacerlo. Se trata, en definitiva, de un interés del cual puede disponer el trabajador. Por su parte, el fundamento de la huelga en la libertad de asociación, considera que ésta es un derecho sindical que deriva precisamente de la asociación profesional. Como señala un autor, la “huelga no es, ni la suma de las rupturas individuales del contrato de trabajo, ni tampoco la ruptura colectiva: es un fenómeno colectivo que engendra un derecho colectivo” (vid. LINARES QUINTANA, Segundo V., “El Derecho constitucional de huelga”, en *La Huelga*, T. I, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1951, p. 132. Sobre el particular vid. también BARASSI, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Alfa, Buenos Aires 1953, pp. 539 y s.).

⁶⁰³ Cfr. intervención de SILVA BASCUÑAN en *ACTAS*, cit., sesión N° 195, p. 18. Esta idea la volvió a reiterar en la sesión N° 209, agregando que la huelga debía ser considerada como la última instancia dentro de un proceso de negociación entre trabajadores y empleador: “la base del derecho de huelga es el ejercicio de dos grandes libertades que en todo momento los miembros de esta Comisión están dispuesto a sostener: la libertad de trabajo y el derecho de asociación. Porque ellas explican el derecho de huelga... (que) puede ser considerada desde el punto de vista de la violencia. Pero, en la realidad de los hombres, ha sido el camino del dolor y del sacrificio; no ha sido sólo el camino de la violencia”. Vid. *ACTAS*, sesión N° 209, pp. 17 y s.

⁶⁰⁴ El propio SILVA BASCUÑAN manifestó que, en su parecer, el constituyente debía manifestar al legislador que, “en las situaciones en que procede el ejercicio de tal derecho (de huelga), éste debe hacerse en términos que la huelga constituya la ‘desgracia final’ de un ordenamiento jurídico que, accidentalmente, por cualquier razón, no puede resolver el conflicto dentro de la eficacia del ordenamiento jurídico establecido”. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 6.

⁶⁰⁵ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 19.

En síntesis, y siguiendo otras experiencias del Derecho constitucional comparado⁶⁰⁶, la huelga como derecho debía consagrarse necesariamente de conformidad a la ley, la cual en determinados casos podía, incluso, limitar su ejercicio ante la existencia de otros derechos de mayor jerarquía. A mayor abundamiento, la huelga no se consideraba un derecho absoluto, pero sí necesario de consagrarse en el texto constitucional. Las limitaciones al ejercicio del derecho, no obstante, debían ser entregadas al legislador y no establecerse en la propia Constitución, toda vez que la limitación en cuestión podía depender mucho de las circunstancias de cada momento histórico, y era preciso contar con una cierta flexibilidad para adecuar la norma al desarrollo que tuviese la sociedad⁶⁰⁷.

1.3. La opción final de la Comisión Ortúzar: reconocer la huelga, a nivel constitucional, como un hecho de relevancia jurídica

Todo el debate que hemos explicado en las líneas anteriores fue supeditado a una opción intermedia, que si bien no reconocía formalmente en la huelga un derecho de los trabajadores, no se oponía a que ella fuera consagrada por el legislador en actividades consideradas no esenciales para el país. De alguna manera, los redactores de la Constitución asumieron un criterio tradicional o histórico que ve en la huelga un mero hecho cuyos efectos alcanzan al contrato de trabajo⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ El mismo razonamiento jurídico ya había sido recogido en el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 (párrafo 7): “El derecho de huelga se ejercerá en el cuadro de las leyes que lo reglamentan”; y en el art. 40 de la Constitución italiana de 1947: “El derecho de huelga se ejercerá en el marco de las leyes que lo regulan”. Vid. además el art. 8.1, letra d), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual el derecho de huelga se ejercerá “de conformidad con las leyes de cada país”.

⁶⁰⁷ En este punto, destaca la indicación propuesta por EVANS en el siguiente sentido: “La huelga procederá, en conformidad a la ley, una vez agotados los procedimientos de solución jurídica de los conflictos colectivos del trabajo”. Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 4. Criterios similares a la consideración de la huelga como un derecho de carácter constitucional expresaron diversos dirigentes sindicales y gremiales que, invitados por la Comisión ORTUZAR, señalaron su parecer sobre el alcance de los derechos sociales en la Constitución Política. Todos ellos coincidieron en que el derecho de huelga debía estar incluido a nivel constitucional, sin perjuicio de la facultad del Estado para disponer de las normas de seguridad correspondientes para que en un momento dado ese derecho se ajuste o limite frente a los intereses de la comunidad. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 196, pp. 10, 13 y 14. Igual criterio esgrimió Ernesto Vogel, entonces Presidente de la Confederación Industrial Ferroviaria, al calificar a la huelga como “un derecho irrenunciable de los trabajadores (...) La huelga, evidentemente, es la última instancia de todo un proceso entre las partes en conflicto, proceso que está sujeto a la posibilidad de ser evitado, sea modernizando los mecanismos o bien buscando los instrumentos adecuados para evitar esa última instancia; pero los trabajadores no pueden renunciar de manera alguna a esa instancia”. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 198, p. 22.

⁶⁰⁸ Cfr. GARCIA ABELLAN, *Derecho de conflictos*, cit., p. 91: “La huelga se convierte, entonces, según observara Durand, en un hecho tomado en consideración por el derecho”.

Esta opción implicó que la redacción final aprobada por la Comisión Ortúzar, y que luego fuera repetida por el art. 19 N° 16 de la Constitución, no se refiriera expresamente a la naturaleza jurídica de la huelga. Ni la consagraba ni la rechazaba; solamente se limitaba a decir que en determinadas actividades o funciones, consideradas vitales para la comunidad, no podía, en caso alguno, declararse la huelga: “En ningún caso podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado o de las municipalidades, como tampoco las personas que trabajen en empresas 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”⁶⁰⁹.

Lo cierto es que la norma propuesta por la Comisión no es nueva. Ya en la presidencia de don Jorge ALESSANDRI RODRIGUEZ se había presentado ante el Congreso Nacional un proyecto de reforma a la Constitución que, entre otras materias, reglamentaba el ejercicio del derecho de huelga, supeditándolo a los intereses generales de la comunidad expresados en los bienes jurídicos que se contienen en la normativa actual⁶¹⁰. Según se expresaba en el Mensaje

⁶⁰⁹ La redacción transcrita se refiere al inciso aprobado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. El texto definitivo complementó esta idea central. El primer borrador sobre el cual trabajó la Comisión señalaba expresamente que: “La ley establecerá los mecanismos adecuados para lograr una solución justa y pacífica de los conflictos colectivos del trabajo. No podrán declararse en huelga las personas que prestan servicios al Estado en instituciones semifiscales, autónomas del Estado, centralizadas o descentralizadas, en las municipalidades o en empresas que atiendan servicios de utilidad pública. Tampoco podrán declararse en huelga las personas que trabajan en las labores agrícolas o en empresas o industrias cuya paralización afecta la salud o el abastecimiento de la población, la economía del país o la seguridad nacional. La solución del conflicto colectivo en las empresas a que se refiere este inciso deberá someterse al arbitraje de tribunales especiales de expertos que deberán tener en cuenta al resolver los intereses en conflictos y el de la colectividad. Su organización y funcionamiento serán determinados por la ley. En contra de sus resoluciones no procederá recurso alguno”. Esta normativa fue considerada, en especial por SILVA BASCUÑAN, como demasiado reglamentaria y algo incompatible con la técnica constitucional, trasuntando una evidente condena al derecho de huelga.

⁶¹⁰ El referido proyecto de reforma señalaba, en la parte pertinente: “Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos, sindicarse, para defender sus intereses y a declararse en huelga en los casos y formas que determine la ley. Sin embargo, se exceptúan del derecho a la huelga las personas que presten servicios en el Congreso Nacional, Poder Judicial, Administración Pública, Servicios, instituciones y empresas autónomas del Estado y en las Municipalidades. Tampoco podrán declararse en huelga las personas que trabajen en labores agrícolas, en empresas o industrias cuya paralización pusiere en peligro inmediato la salud o la vida económico-social de la población, o que sean vitales para la economía nacional, o que puedan significar paralizaciones de otras empresas, o en empresas de transportes, productoras, elaboradoras y colaboradoras de artículos y mercaderías esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios de utilidad pública. La decisión del conflicto colectivo en las empresas deberá conocerse en arbitraje de tribunales especiales de expertos que deberán tener en cuenta, al resolver, los intereses en conflicto y el de la colectividad. Su organización y funcionamiento serán determinados por ley. En contra de las resoluciones no procederá recurso alguno ante ninguna otra autoridad”. El proyecto introducía esta norma en el número 14 del art. 10 de la Constitución de 1925, intercalándolo antes de su inciso final. Sobre el particular cfr. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 13ª, en martes 7 de julio de 1964,

presidencial que precedió al proyecto de reforma constitucional, en el año 1964, la concepción de la huelga como un derecho sin limitaciones sólo era concebible dentro de un régimen absolutamente liberal, como era el que prevalecía a comienzos del siglo veinte. No obstante, agregaba la iniciativa, “nadie ignora que la escasez crónica de divisas que afecta hoy a muchos países ha modificado sustancialmente esa situación, debido a lo cual en gran número de problemas laborales hay tres intereses en juego: el de los asalariados, el de los empresarios y el de la colectividad, ya que nada impide que los dos primeros se pongan de acuerdo para salvar sus dificultades sobre la base de alzas de precios que afectarán las conveniencias de los consumidores, a los cuales nuestro Código del Trabajo no confiere representación en esos conflictos”⁶¹¹. Igual situación podía ocurrir, según la tesis del proyecto de reforma, en otras actividades claves para el país, originando perjuicio para terceros y para toda la colectividad. “Si es ésta la realidad actual, mantener el derecho a huelga en los casos que menciono significa hacer primar los intereses de determinados grupos sobre el bien común, lo cual constituye un concepto retrogrado, ya que la verdadera justicia social consiste en hacer predominar siempre el interés de la colectividad, sobre el de determinados grupos, cualquiera que éstos sean”⁶¹². El proyecto insistió, también, en el caso de empresas como las del acero o del petróleo, cuya paralización por motivo de huelga significaba la paralización de muchas otras actividades nacionales, razón que justificaba sustraerlas del derecho general de huelga entregando la solución de estos conflictos a Tribunales Especiales de Expertos⁶¹³.

pp. 1158 y ss. La prohibición de huelga, en el caso de los campesinos no era nueva. La antigua ley de Organizaciones Sindicales de los obreros agrícolas, del año 1947, prohibió, también, las huelgas en las faenas del campo, sometiendo los conflictos que en ella se produjeran a los trámites de conciliación y arbitraje obligatorio. Asimismo, el art. 51 de la Ley N° 4.056, de 1924, establecía una redacción similar a la que ahora consagra el texto constitucional: “Podrá el Gobierno, en los casos de huelga o cierre de fábricas, en *empresas o servicios cuya paralización ponga en peligro inmediato la existencia, la salud de la población o la vida económico-social del país*, proceder al reemplazo de los huelguistas en la forma que lo exijan los intereses generales, previo decreto especial que indique los fundamentos de la medida”. Sobre el origen histórico de esta redacción en el art. 51 de la Ley N° 4.056 vid. RIESCO, Germán, “Alcance del Artículo 547 del Código del Trabajo. Facultad de los Tribunales para rever los actos del Ejecutivo”, RDJ T. XLIV (1947), p. 115. Una reseña de las huelgas prohibidas por la legislación durante la primera mitad del siglo XX se puede consultar en la tesis de ACUÑA JUNEMANN, Gustavo, *La Huelga y la Función Pública en el Derecho Chileno*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1954, p. 24.

⁶¹¹ Vid. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 13ª, en martes 7 de julio de 1964, p. 1167.

⁶¹² *Ibidem*.

⁶¹³ El proyecto de reforma a que hacemos alusión no fue aprobado por el Congreso Nacional, y cedió paso a una segunda iniciativa legal que, con fecha 30 de Noviembre de 1964, fue patrocinada por el Presidente de la República de aquél entonces, don Eduardo FREI MONTALVA. Como ya se señaló en la primera parte de este estudio, y en relación a los derechos sociales, el proyecto contenía una serie de reformas que graficaban la alta preocupación existente en la época en relación con esta materia. Los fundamentos anteriores dieron origen a una propuesta

De esta manera, pues, la Comisión ORTUZAR tomó como base este proyecto de reforma constitucional, insistiendo en la doctrina que la huelga era improcedente en aquellas empresas vitales para la comunidad, y que cuya paralización le causaba grave daño. Aceptado lo anterior, la discusión se centró en la forma en que debían establecerse estos criterios en la Constitución. Al respecto, se plantearon dos alternativas posibles: a) Una consistía en omitir cualquier referencia expresa en la Carta Fundamental, de manera que no se hicieran concesiones desde un punto de vista doctrinario, no incluyendo implícitamente la aceptación de la huelga como mecanismo válido; y b) La otra, era no resolver el problema de la naturaleza jurídica de la huelga, en el sentido de si era un hecho o un derecho, adoptando las normas que fueren necesarias para preservar el orden social y el bien común. Ante esto, se propuso que la Constitución otorgara al legislador un mandato, “no solamente el derecho”, para prohibir las huelgas en todos los casos en que ellas afectaran en forma importante la seguridad nacional o a la vida económica del país y al progreso de la colectividad, al orden social genéricamente considerado⁶¹⁴.

Ciertamente, y en esto existía consenso dentro de la Comisión, el establecer una norma de esta naturaleza no implicaba la prohibición completa de la huelga, toda vez que si el texto fundamental señalaba los casos en que el legislador debía prohibir estas acciones, entonces, indirectamente, estaba señalando que en todos los demás supuestos la huelga sí era permitida. Tal como señaló Enrique ORTUZAR, ésta era una solución ecléctica, pero que resolvía, en parte, el problema planteado, “pues lo que interesa es que la huelga no tenga lugar en aquellos casos en que realmente la paralización de empresas pueda afectar seriamente la economía y la seguridad nacionales, y el precepto que aquí se propone resguarda precisamente eso”⁶¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, existieron otros elementos que pesaron también en la Comisión al momento de reglamentar la huelga en el texto constitucional. Ellos se referían, fundamentalmente, a la aplicación en Chile del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de

de reforma de diversos números contenidos en el art. 10 de la Constitución de 1925, el que, con respecto a la consagración constitucional de la huelga, proponía introducir un inciso en el N° 14 del art. 10, que señalaba expresamente que: “La Constitución garantiza el derecho a la huelga en los casos y formas que determine la ley”. Si bien este proyecto de reforma tampoco prosperó y quedó detenido en su segundo trámite constitucional en el Senado, sirvió de base a la iniciativa que dio lugar, posteriormente, a la Ley N° 17.398, de 1971. Un análisis más pormenorizado de este proyecto de reforma constitucional, véase en Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión 5ª, en martes 1º de diciembre de 1964, pp. 279 y ss.

⁶¹⁴ Cfr. *ACTAS*, cit., sesión N° 209, p. 13.

⁶¹⁵ Y en la misma oportunidad dejó constancia que él no se pronunciaba expresamente sobre si la huelga constituía o no un derecho, “pero no cabe duda alguna de que al prohibirla en estos casos es evidente que está reconociendo que, fuera de ellos, la huelga -sea como derecho, sea como una realidad, allá lo discutirán los constitucionalistas- puede tener cabida”. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 210, p. 4.

las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Dicho texto jurídico, al cual Chile se encuentra afecto, establece en su art. VIII que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: d) El derecho de huelga, ejercida de conformidad a las leyes de cada país”. Si bien este Pacto, a la época en que se redactó la Constitución, no obligaba a consagrar la huelga a nivel constitucional, ciertamente que no era aconsejable una prohibición completa al ejercicio de la misma. Y una redacción constitucional que estableciera el arbitraje obligatorio para los conflictos colectivos ocasionaba, necesariamente, la exclusión de cualquier posibilidad de huelga. En virtud de ello, y respetando los instrumentos internacionales ratificados por Chile, se optó por mantener la redacción en orden a prohibir la huelga en determinadas actividades, dejando abierta la puerta para que el legislador pudiese consagrar la huelga si discurría algún medio en que ella resultara compatible con el sistema de conciliación y arbitraje obligatorio⁶¹⁶. En este sentido, si bien no se estableció la prohibición completa de la huelga, se dejó constancia que perfectamente el legislador podía, en el futuro, prohibirla o permitirla en los demás casos no contemplados en la Constitución.

Por tanto, es preciso insistir en el hecho de que la reglamentación constitucional de la huelga se fundamentó en la convicción que adquirieron la mayor parte de los miembros de la Comisión ORTUZAR en orden a que era imposible evitar que determinado grupo de personas decidiera paralizar sus labores. El problema radicaba en establecer las circunstancias jurídicas de la paralización, en el sentido de si era legítima y si constituía efectivamente una etapa válida en la negociación colectiva o si se consideraba ilegal. De tal manera, la Constitución no prohibió la huelga, tampoco la definió ni la describió, sólo exigió que se configurara dentro de un mecanismo de solución pacífica de los conflictos colectivos con excepcionales procedimientos de conciliación y arbitraje obligatorio. Por ello, se le delegó competencia al legislador para que resolviera, fuera de los casos expresamente señalados en la norma, las situaciones en que la huelga debía ser prohibida⁶¹⁷.

En síntesis, y más allá de la intención declarada de ciertos miembros de la Comisión Ortúzar, lo cierto es que la huelga debe ser configurada, dentro del texto constitucional, como un derecho sujeto a las limitaciones que la propia Carta Fundamental indica. Esta conclusión fluye de varias argumentaciones: a) En primer término, la Constitución reconoce el derecho a negociar colectivamente; y dentro del contenido esencial de ese derecho se encuentra precisamente la figura de la huelga como una medida de presión ejercida bajo los parámetros que, tanto el constituyente como el legislador, han establecido. No se trata de un derecho absoluto, pero es un derecho que se ejerce en el contexto de la negociación colectiva. b) Asimismo, la huelga también forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Este principio, con respaldo en el art. 19 N° 19 CPR, le reconoce a las organizaciones sindicales el derecho a ejercer las medidas de presión que, dentro de los márgenes de licitud,

⁶¹⁶ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 382, p. 2784.

⁶¹⁷ Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 374, pp. 2638 y s.

pueden llevar a cabo los trabajadores en el marco de los conflictos colectivos. c) En tercer lugar, los tratados internacionales ratificados por Chile no dejan lugar a dudas en el sentido de que la huelga constituye un derecho, el cual debe ejercerse en conformidad a la ley. Este reconocimiento no sólo emana de los Convenios N° 87 y 98 de la OIT; también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo acoge en la letra d) de su art. 8.1. d) Por último, habrá que reconocer que un examen gramatical de nuestro Código Político permite afirmar que, en rigor, el texto constitucional no prohíbe la huelga como regla general. Simplemente señala hipótesis, que debieran ser interpretadas restrictivamente, y en cuya virtud determinados trabajadores o empresas no pueden ir a la huelga. En todos los casos no contemplados dentro de dichas hipótesis, el derecho de huelga debe ser visto como una garantía con respaldo constitucional.

2. Los bienes jurídicos protegidos en el concepto constitucional de huelga

Dentro de la redacción utilizada por la Constitución, es preciso destacar los bienes jurídicos que se han pretendido proteger mediante esta norma. En términos generales, la Constitución opta por dos clases de prohibiciones en torno a la huelga: una de carácter subjetivo, en razón de las personas involucradas; y otra de naturaleza objetiva, en que la prohibición se centra más en el tipo de actividades desplegadas.

2.1. La exclusión de los funcionarios públicos y municipales

La Constitución comienza señalando que los trabajadores del Estado y de las municipalidades no podrán declararse en huelga⁶¹⁸. El fundamento de esta

⁶¹⁸ Consecuente con este criterio, el ordenamiento jurídico ha regulado la prohibición a que están afectos el funcionario público y municipal de dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, de conformidad con lo establecido en el art. 78, letra i, de la Ley N° 18.834, y en el art. 82, letra i), de la Ley N° 18.883. Exclusiones de igual naturaleza en el Derecho constitucional comparado se pueden encontrar en el art. 23.2 de la Constitución de Grecia: “Queda prohibida la huelga en cualquiera de sus modalidades a los magistrados y a los agentes de los cuerpos de seguridad. El derecho de recurrir a la huelga podrá ser objeto de restricciones concretas impuestas por la ley que lo regule, tratándose de funcionarios públicos y de empleados de colectividades locales y de personas morales de derecho público, así como del personal de las empresas públicas o de utilidad pública cuyo funcionamiento tenga importancia vital para la satisfacción de las necesidades esenciales de la sociedad en su conjunto, si bien dichas restricciones no podrán abocar a la supresión del derecho de huelga o al impedimento de su ejercicio legal”. Vid. asimismo OIT, *La Libertad Sindical*, 2° edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1976, p. 116: “El Comité consideró que los funcionarios públicos cuyas condiciones de empleo son fijadas por ley no gozan del derecho de huelga en la mayoría de los países como resultado normal de la legislación que rige su empleo”.

exclusión se explica, en parte, en el hecho de que los redactores de la Carta Fundamental partían de la base de que la negociación colectiva no procedía en el ámbito de la Administración Pública. Resulta necesario destacar, en todo caso, que esta regulación negativa del derecho de huelga permite que los casos de licitud se amplíen más allá de los grupos organizados. Es decir, la Constitución al utilizar la palabra “*trabajadores*” amplía el margen subjetivo en el ejercicio de este derecho sin que sea admisible circunscribirlo sólo al caso de trabajadores sindicalizados.

La exclusión basada en un simple criterio subjetivo pone en el centro del debate una antigua polémica en torno a la posibilidad de que el derecho de huelga sea ejercido por funcionarios del Estado⁶¹⁹. Los ordenamientos que así lo han prohibido parten de la base de que la situación jurídica del funcionario es radicalmente distinta de aquella que regula la condición del trabajador del sector privado, más aún si se considera que uno de los rasgos fundamentales de todo servicio público es aquél que se refiere a la *continuidad y regularidad*⁶²⁰. Estos dos argumentos son los que tradicionalmente se han esgrimido para prohibir la huelga de los funcionarios: la especial naturaleza del vínculo y la imposibilidad de interrumpir el servicio.

En lo que respecta a la naturaleza del vínculo, habrá que subrayar, tal como se hizo en la primera parte de este estudio, que, en el campo de las relaciones de trabajo, la Administración ostenta una posición de supremacía que la aparta del ordenamiento laboral, pudiendo dictar unilateralmente las condiciones de empleo de sus funcionarios. Ella actúa como un simple órgano administrativo rigurosamente sometida al principio de legalidad. Lo anterior no obsta a que la Administración se comporte externamente, al menos en principio, como un empleador más, a pesar de que ello no alcanza para eliminar la evidente “*configuración administrativa*” de este empleador, así como su propia singularidad⁶²¹.

⁶¹⁹ Vid., por todos, OJEDA AVILES, cit., pp. 459 y ss.

⁶²⁰ Una posición jurídica distinta plantea CABANELLAS, T. III, Vol. 2, cit., p. 182, quien considera que la exclusión expresa de los funcionarios públicos no se justifica por la simple naturaleza del derecho de huelga, el cual jamás tendrá la condición de derecho absoluto: “Si constitucionalmente todos los trabajadores gozan del derecho de huelga no cabe limitar ésta por causa del sujeto de la prestación de servicios; mas no siendo el de huelga un derecho absoluto permite que, en su reglamentación, se consideren diversas clases de actividades, dándose garantías diversas y estableciendo la observancia de trámites diferentes, siendo los medios de expresión de los trabajadores distintos en relación a la naturaleza de la función”. Y agrega en p. 192: “Las prohibiciones huelguísticas concretadas en los sujetos laborales, en los agentes que desempeñan funciones públicas o que prestan servicios públicos, más que en razones subjetivas, se fundan en el criterio objetivo de las prestaciones, que por satisfacer necesidades primordiales o por evitar considerables daños y peligros no cabe paralizar”.

⁶²¹ Cfr. SANCHEZ ICART, Javier, “Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable”, Relaciones Laborales, T. II (1994), pp. 154 y ss.

Con todo, las transformaciones operadas por las estructuras del propio Estado obligan a matizar los alcances de esta exclusión⁶²². En principio, cuando se habla de funcionarios públicos en sentido amplio se está haciendo referencia a sujetos que prestan servicios para un ente con personificación pública suficiente para requerir los servicios personales de otro, más allá de las particularidades especiales con que actúa. De allí que la actividad empleadora del Estado puede ser analizada desde los diversos tipos de Administración Pública que coexisten en el ordenamiento jurídico. Esto viene a significar que, en el ejercicio de su condición de acreedora de trabajo, la Administración se vincula no a través de un mismo y único modelo de relación jurídica, sino mediante relaciones de diversa naturaleza. Esto hace quebrar el modelo unitario de funcionario, dejando en evidencia que en diversas actividades públicas el Estado se comporta efectivamente como un empleador más⁶²³.

En este orden de ideas, la exclusión *a priori* del derecho de huelga en razón de los sujetos involucrados no es suficiente para determinar la extensión de esta garantía constitucional. Más bien, en esta hipótesis debería tenderse a recoger un concepto de servicio público vinculado de forma exclusiva al otorgamiento de prestaciones básicas. Si bien ello es posible de predicar respecto de actividades esenciales como aquellas desplegadas por funcionarios del Ejército, la policía o los tribunales de justicia⁶²⁴, por mencionar algunos casos, lo cierto es que la práctica demuestra que no todo servicio prestado por el Estado es esencial y, por el contrario, en el ámbito privado también existen servicios indispensables⁶²⁵.

⁶²² La necesidad de matizar resulta aún más imperiosa si se considera que algunos miembros de la Comisión entendieron la figura de los funcionarios del Estado de manera amplia, en el sentido de que en ella debían entenderse comprendidas diversas maneras en que se puede ser funcionario del Estado, sin entrar en detalles sobre su real aplicación de acuerdo a la legislación nacional. Sobre el particular vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 210, p. 14. En igual sentido, véase, en *ACTAS*, sesión N° 210, cit., p. 16, la opinión de Enrique ORTUZAR, quien recalca que en la expresión que se comenta se entienden comprendidos, prácticamente, todos los servidores de entidades cuya titularidad le corresponda al Estado.

⁶²³ Cfr. MARTIN PUEBLA, cit., p. 86.

⁶²⁴ Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid 1987, pp. 47 y s. Y el mismo autor agrega, en p. 74: “no toda huelga en la Administración Pública colisiona o daña otros derechos y libertades protegidos constitucionalmente”. En el plano nacional vid. una crítica a la amplitud y generalidad de los términos utilizados por el constituyente en GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “La libertad sindical en el ordenamiento laboral chileno y los Convenios 87 y 98 de la OIT”, Cuaderno Jurídico N° 14, Universidad Adolfo Ibáñez (2000), pp. 22 y s.

⁶²⁵ Vid. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga*, cit., p. 96: “si la negación del derecho de huelga a los funcionarios se basa en la continuidad del servicio habría que prohibirla también en el sector privado siempre que afectara a los servicios públicos, y especialmente a las empresas concesionarias de servicios públicos, quienes se comportan exactamente como la Administración”. Y agrega en p. 100: “Puede existir un servicio de reconocida e inaplazable necesidad que no sea servicio público y a la inversa”. Vid. asimismo SCHREGLE, Johannes, “Relaciones de trabajo en el sector público”, *RIT* Vol. 90, N° 5 (1974), p. 452, y GAMILLSCHEG, Franz, “Las fuentes del derecho de huelga en el Ordenamiento jurídico alemán”, *RFDUC* N° 17 (1993), pp. 19 y ss.

2.2. La exclusión del derecho de huelga en los servicios esenciales

Una segunda hipótesis de exclusión del ejercicio del derecho de huelga se sitúa en relación con los denominados *servicios esenciales*. En esta perspectiva, la norma constitucional comienza señalando que no podrán declararse en huelga las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública⁶²⁶. Asimismo, los trabajadores que participen en este tipo entidades también se consideran esenciales, y en consecuencia, los conflictos colectivos en que ellos participen quedan sometidos al arbitraje obligatorio⁶²⁷. Complementariamente, la Carta de 1980 excluye del ejercicio de este derecho a los trabajadores que atiendan servicios cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional⁶²⁸. La expresión daño, según se explicó en el seno de la Comisión, fue utilizada en reemplazo del vocablo “*afectar*”, en atención a que esta última expresión era de significados equívocos, ya que se refiere a todo lo que toca, todo lo que de alguna manera se vincula. “En cambio, la palabra daño tiene una connotación de perjuicio, que es la que se quiere señalar”⁶²⁹. Por su parte, el calificativo de grave atiende al hecho que no se trata de cualquier perjuicio, en un sentido general, como si todo quedara comprendido; por el contrario, lo que se intentó consagrar fue aquel daño que tiene alguna significación, un trasfondo de mayor relevancia que el simple perjuicio económico⁶³⁰. De allí que parte de la doc-

⁶²⁶ En esta línea, la norma constitucional se ve reforzada por lo preceptuado en el art. 11 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, en cuya virtud se prohíbe toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o de utilidad pública, o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, *producido sin sujeción a las leyes* y que produzcan alteración del orden público o perturbaciones en servicios esenciales para la comunidad. Vid. una crítica a la amplitud de este precepto en GAMONAL CONTRERAS, “La libertad sindical en el ordenamiento laboral”, cit., p. 62: “Este artículo tipifica un delito por huelga en servicios esenciales, con una amplitud tal que constituye un grave límite al derecho de huelga de los trabajadores y a la libertad colectiva de actuación sindical”.

⁶²⁷ Esta norma ya había sido consagrada, con anterioridad, en la ley N° 6.026, de 1937, sobre Seguridad del Estado, la cual prohibía el ejercicio de la huelga o la suspensión de las labores en los casos de los funcionarios, empleados u obreros fiscales, municipales, de organismos del Estado, de las empresas fiscales de administración autónoma, de instituciones semifiscales, y a los empleados u obreros de empresas o instituciones particulares que tengan a su cargo servicios de utilidad pública.

⁶²⁸ Como señala la doctrina constitucional, la determinación de los procedimientos destinados a establecer las corporaciones o empresas cuyos trabajadores no pueden declararse en huelga, sólo es de competencia del ámbito propio de una ley, y no del reglamento. Sobre el particular cfr. VERDUGO MARINKOVIC, PFEFFER URQUIAGA y NOGUEIRA ALCALA, cit., T. I, p. 292. Cfr. en el plano normativo los art. 63 N° 4 y 65 N° 5 de la Constitución Política de la República de 1980.

⁶²⁹ Cfr. opinión de GUZMAN en *ACTAS*, cit., sesión N° 210, cit., p. 15.

⁶³⁰ Como expresó el propio GUZMAN en *ACTAS*, cit., sesión N° 210, pp. 15 y s.: “Agrega el calificativo grave, porque estima que tiene la razón el señor SILVA BASCUÑAN, ya que es evidente que, sin él, todo queda comprendido y, por lo tanto, es innecesaria la disposición, pues, lógicamente, de alguna manera, todo afecta a la economía del país, todo la daña, toda huelga

trina ha entendido, para casos similares, que se está prohibiendo aquella paralización que trastornaría fundamentalmente las condiciones de vida de la población en una zona determinada, en el entendido que existe un peligro cierto y seguro⁶³¹.

Cuando la Constitución se refiere a los servicios de utilidad pública, está de alguna forma recogiendo un criterio objetivo que se independiza del régimen jurídico aplicable a las personas que pretenden ejercer el derecho de huelga⁶³². De la misma manera, cuando se prohíbe la huelga debido al daño que ello provoca en la salud, la economía, el abastecimiento de la población o la seguridad nacional, se está haciendo mención a conceptos que se traducen en atentados a derechos básicos de la persona, en su acceso a bienes y servicios considerados indispensables para la comunidad, o para el Estado, entendido éste como garante del bien común. En consecuencia, no se trata de actividades secundarias, o que se trasuntan en meros intereses particulares de empresarios o grupos de trabajadores; se trata, en definitiva, de actividades que afectan a la Nación toda o a una parte significativa de ella, la cual debe acceder a bienes y servicios estimados indispensables para su subsistencia y desarrollo, y que se vería afectada con una paralización de actividades de esta índole⁶³³. Por tanto, en esta norma se envuelven los servicios considerados

lo hace, y es muy difícil que una huelga beneficie la economía del país. A su modo de ver la huelga debe quedar prohibida cuando ese daño tiene alguna significación, cuando es un daño grave”. En relación a la autoridad encargada de especificar cuando se entiende que la huelga provoca un grave daño, se dejó constancia de que dicha materia debía ser resuelta necesariamente por una entidad que lo determine en cada caso. En esta perspectiva, la tarea no podría llevarla a cabo el legislador “porque tendría que confeccionar un inventario sujeto a permanente revisión por la variabilidad del concepto, de manera que la solución está, a su juicio, en que algún órgano determinado de autoridad haga la calificación correspondiente”. Esa fue la opinión que esgrimió sobre el particular GUZMAN, y que no fue rebatida por los otros miembros Comisión. No obstante, Enrique ORTUZAR había señalado, con anterioridad, que debían ser los Tribunales del Trabajo los que debieran efectuar esa determinación, toda vez que existiría un conflicto entre los trabajadores y la empresa, el que en definitiva llegaría a esos tribunales. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 382, pp. 2781 y 2788. Esta idea ya se había planteado en la sesión N° 374, p. 2639, aún cuando en dicha ocasión se admitió, implícitamente, que fuera el legislador quien resolviera si se prohíbe o no la huelga en determinados casos.

⁶³¹ Cfr. DAVILA IZQUIERDO, Óscar, “Ilegalidad del decreto sobre expropiación de salitreras”, RDJ T. XXXVII (1940), p. 251; y ONETO S., Antonio, *Tratado General sobre Reanudación de Faenas*, Ediciones Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social, Santiago 1971, p. 53.

⁶³² Cfr. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga*, cit., p. 93.

⁶³³ Una posición similar, aunque con matices diversos, se esgrimió en la Comisión ORTUZAR. Por ejemplo, en *ACTAS*, cit., sesión N° 198, p. 16, GUZMAN señaló que, a su modo de ver, en la economía actual ha surgido lo que él denominó como “factor consumidor” o “factor comunidad en general”, aspecto que constituiría una restricción que debe tomarse en cuenta al momento de reglamentar la huelga. A su juicio, en el proceso gradual de ir equilibrando posibilidades del sector laboral, surgió la huelga como un arma, como un instrumento; incluso se reconoció como un derecho, en la perspectiva de que se le entregaba al sector más débil una herramienta que le permitía igualarse en esta pugna. Agregó que en una economía clásica de comienzos de siglo, en general, el conflicto laboral se circunscribía al empresario y a los asalariados, factor patronal y factor laboral, y entre ellos se zanjaba, en el fondo, esta disputa con beneficio mayor

esenciales para el país, y cuya interrupción ocasiona perjuicios de tal magnitud que el propio ordenamiento jurídico prefiere prohibir el legítimo ejercicio de la huelga en dichos casos.

La doctrina de los servicios esenciales ha sido incorporada implícitamente en el articulado constitucional. Aún cuando el texto de la Carta Fundamental no la utiliza de forma expresa, lo cierto es que el legislador laboral ha recurrido a dicha expresión en el art. 380 del Código del Trabajo⁶³⁴. De allí que se pueda concluir, al menos indirectamente, que la noción de los servicios esenciales se encuentra en parte recogida por nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que su fundamentación está rigurosamente aceptada en el texto constitucional⁶³⁵. Mediante esta fórmula

para uno y para otro y con una relativa indeferencia en la suerte de la comunidad que tenía otros mecanismos de protección, dentro de la libertad de la economía clásica, para defenderse, impidiéndose a través de la libre importación reinante antes de la crisis de los años 30, que la solución al conflicto se resolviera provocando un alza desmedida del precio de venta al consumidor de un determinado producto. Lo anterior, según GUZMAN, ha tenido importantes restricciones como consecuencia de los fenómenos derivados de esa crisis económica y con la evolución posterior de la economía; y ha cobrado mayor dimensión este tercer factor que entra a jugar, y por el cual el Estado debe velar, transformando ya el conflicto en un problema tripartito, de relieves naturalmente más significativos, según se trate de una actividad de mayor envergadura para la producción nacional y para la vida general de la economía en un instante determinado. Un criterio similar ya había expresado el mismo autor en ACTAS, cit., sesión N° 84, p. 10: “(la huelga era un) punto que debía ser extraordinariamente innovado en vista de la exigencia impuesta por la seguridad nacional y de la aparición del factor o elemento constituido por los consumidores, por la masa ciudadana, que entra en forma prioritaria frente a los factores que tradicionalmente han sido concebidos en las relaciones laborales y en los derechos que de ellas emanan”. Una posición doctrinaria distinta puede observarse en BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga*, cit., pp. 121 y ss., quien estima que la argumentada contraposición entre el huelguista y el usuario no tiene razón de ser: “el usuario no tiene pues –salvo alguna señalada excepción (se refiere a los Servicios de Seguridad Social)- un verdadero derecho a las prestaciones de servicios y carece de participación en la decisión y en el control de los mismos (...) Lo que se reputa esencial para la comunidad es la actividad –el servicio- que satisface intereses públicos esenciales, lo que se concreta en la satisfacción de derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos al mismo nivel”.

⁶³⁴ La noción de “servicios esenciales” constituye un *concepto jurídico indeterminado* y de gran *flexibilidad* (cfr. BARREIRO GONZALEZ, Germán, “La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980, p. 71), que ha sido recogida por el Código chileno en relación con la figura de los servicios mínimos. En efecto, el inciso primero del art. 380 del Código del Trabajo señala expresamente que: “Si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste *servicios esenciales*, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño”.

⁶³⁵ Es usual encontrar en varias Constituciones hispanoamericanas referencias a figuras similares tales como los *servicios de utilidad pública* (ése es el caso de Chile), los *servicios públicos esenciales* (v. gr. Colombia), los *servicios públicos* (v. gr., Costa Rica, México o República Dominicana), los *servicios esenciales de la comunidad* (v. gr. España) o los *servicios públicos imprescindibles para la comunidad* (v. gr. Paraguay). Sobre el particular vid. en detalle

se privilegia la continuidad de servicios que resultan indispensables para la comunidad⁶³⁶, y cuya paralización supone afectar bienes de tanta importancia para la sociedad, que es preferible prohibir la huelga a objeto de asegurar el funcionamiento del servicio⁶³⁷. Ello, sin embargo, no impide que estas referencias tengan una alta dosis de indeterminación, fundándose sobre juicios valóricos que le otorgan a estos conceptos una evidente elasticidad⁶³⁸.

En el ámbito estrictamente jurídico, la conceptualización de los servicios esenciales ha sido orientada por dos caminos distintos. Por una parte, se les ha circunscrito dentro de una noción abierta, indeterminada o de cláusula general (pero en caso alguno predeterminada), dejando entregada su valoración a los órganos gubernamentales competentes, o, según sea el caso, a los órganos jurisdiccionales que intervienen a través de los respectivos recursos contra las decisiones previas en tal sentido⁶³⁹. En esta perspectiva, una delimitación genérica de los servicios esenciales supondría vincular esta noción con la posibilidad de satisfacer necesidades de la población referidas a los derechos fundamentales. “Ello quiere decir que en este concepto entran a formar parte tanto las llamadas ‘actividades de interés vital’ como aquellas otras necesidades que se ligan a la satisfacción de derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque no tengan el carácter de inaplazables o ininterrumpibles”⁶⁴⁰.

Otra postura, por el contrario, estima que los servicios esenciales deben traducirse en un sistema de lista, en que se detallan cuáles son los servicios que

CARRILLO CALLE, cit., pp. 63 y ss.

⁶³⁶ Cfr. art. 3º y 28 de la Ley Nº 18.575, de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

⁶³⁷ Como señala parte de la dogmática laboral, con el establecimiento de límites al derecho de huelga se quiere evitar un mal más grave que aquél que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviere éxito. “La limitación de la huelga resulta, así pues, de una ponderación de los bienes en conflicto”. Vid. MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1992, p. 330. Vid. también PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos, “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”, RFDUC Nº 17 (1993), pp. 51 y ss.

⁶³⁸ Cfr. VALDES DAL-RE, Fernando, “El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1993, p. 957: “Los servicios esenciales se presentan, en suma, como un concepto susceptible de apropiarse de diversos contenidos en atención a los contextos histórico, social, económico y normativo, al desarrollo de las necesidades de la población y a los cambios culturales”.

⁶³⁹ Cfr. DIEZ SANCHEZ, cit., p. 102.

⁶⁴⁰ Vid. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga*, cit., p. 102. Vid. también MARTINEZ EMPERADOR, Rafael, “Huelga en servicios esenciales para la comunidad”, en *Estudios sobre la Huelga*, Acarl, Madrid 1992, p. 84. La referencia a las *industrias vitales* ha sido recogida por nuestra jurisprudencia cuando señala que ellas se refieren a todas aquellas empresas “que influyen fundamentalmente sobre la economía del país, por ser de suma importancia y trascendencia”. Sobre el particular vid. sentencia de la CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA de 13 de marzo de 1954, RDJ T. LII (1954), sección cuarta, p. 123.

revisten esa categoría⁶⁴¹. En esta segunda opción, caben dos subclasificaciones. La primera es la que se refiere a un sistema de lista estricto, que pone el acento no tanto en la importancia, sino en la *imprescindibilidad* de los servicios⁶⁴². Aquí se encuadrarían los servicios de salud pública o seguridad ciudadana (v. gr., bomberos, funcionarios policiales, hospitales o servicios de salud en general, o personal judicial, entre otras alternativas), o “aquellos sin cuyo funcionamiento se colapsaría la sociedad inmediatamente (abastecimiento de víveres, el suministro de energía, la protección vital de las personas y las comunicaciones)”⁶⁴³. La segunda subclasificación se refiere a una acepción amplia de la lista, la cual “conecta la esencialidad con las necesidades de la población implícitas en los derechos fundamentales, incluyendo, además de los servicios citados en la anterior noción, los de transporte, escuelas y centros de enseñanza, los medios de comunicación de masas y la administración pública”⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ El sistema de lista ha sido expresamente recogido por la legislación chilena, en el art. 384 del Código del Trabajo: “Art. 384. No podrán declararse en huelga los trabajadores de aquellas empresas que: a) Atiendan servicios de utilidad pública, o b) Cuya paralización por su naturaleza cause grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (inciso primero). Para que se produzca el efecto a que se refiere la letra b, será necesario que la empresa de que se trate comprenda parte significativa de la actividad respectiva del país, o que su paralización implique la imposibilidad total de recibir un servicio para un sector de la población (inciso segundo). En los casos a que se refiere este artículo, si no se logra acuerdo directo entre las partes en el proceso de negociación colectiva, procederá el arbitraje obligatorio en los términos establecidos en la ley (inciso tercero). La calificación de encontrarse la empresa en alguna de las situaciones señaladas en este artículo, será efectuada dentro del mes de julio de cada año, por resolución conjunta de los Ministros de del Trabajo y Previsión Social, Defensa Nacional y Economía, Fomento y Reconstrucción (inciso cuarto)”. Este precepto legal viene a cumplir, en parte, lo ordenado por el inciso final del art. 19 N° 16 de la Constitución, en cuya virtud la “ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”. Analizando este precepto, la doctrina nacional ha criticado la amplitud de la redacción, cuestión que termina perjudicando el derecho de los trabajadores. Sobre el particular vid. GAMONAL CONTRERAS, “La libertad sindical en el ordenamiento laboral”, cit., pp. 52 y s.: “Este artículo 384 complementa la disposición constitucional del art. 19 N° 16° inciso final (...); con una redacción de tal amplitud que contradice la libertad colectiva de actuación sindical y la doctrina del C.L.S., que ha definido los servicios esenciales en el sentido estricto del término 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”.

⁶⁴² Vid. DIEZ SANCHEZ, cit., p. 102.

⁶⁴³ Vid. DIEZ SANCHEZ, cit., p. 102.

⁶⁴⁴ Cfr. DIEZ SANCHEZ, cit., p. 102. La incorporación de servicios en un sistema de listas obliga ciertamente a que la autoridad fundamente su decisión de incorporar o no a determinadas empresas. Asimismo, y a modo de comparación, vid. el art. 1° de la Ley italiana N° 146, de 12 de junio de 1990: “A los fines de la presente ley se considerarán servicios públicos esenciales, independientemente de la naturaleza jurídica de la relación laboral y aún cuando se desarrollen bajo el régimen de concesión o por convenio, los servicios tendentes a garantizar el goce del derecho de la persona tutelado por la Constitución a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y previsión social, a la educación y a la libertad de comunicación”. Vid. una opinión contraria a una postura amplia en OJEDA AVILES, cit., p. 474: “un criterio tan amplio como ‘los derechos fundamentales,

Estas consideraciones llevan a establecer que la esencialidad del servicio está circunscrita a aquellas actividades industriales o mercantiles imprescindibles para la vida de la sociedad, así como aquellos bienes e intereses que dicen relación con los derechos y libertades constitucionalmente protegidos⁶⁴⁵. En este sentido, los servicios esenciales ciertamente incluirán a más de un servicio público tradicional, pero su campo de acción es notoriamente “más amplio y comprende también actividades de titularidad privada, donde no se ha operado la *publicatio*”⁶⁴⁶.

Consecuente con lo anterior, la conclusión debe encaminarse en la lógica de que no todo servicio, por el hecho de ser público, reúne los caracteres de esencialidad. Y, por el contrario, perfectamente podremos encontrar determinadas empresas, corporaciones o entidades que, a pesar de no revestir carácter público, su esencialidad es notoria y el ejercicio del derecho de huelga en dichos institutos provocaría ciertamente un grave daño a la población⁶⁴⁷. Esta tesis cobra mayor raigambre en

las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos’ en la determinación de los servicios esenciales debía llevar indefectiblemente (...) a una hipertrofia del concepto”. Y agrega en p. 477: “los servicios esenciales de la comunidad son aquellos, y exclusivamente aquéllos, referidos a los derechos de las personas, sin nada que ver con los bienes constitucionalmente protegidos y otros derechos distintos a los de la persona, aunque se encuentren a lo largo del texto constitucional”.

⁶⁴⁵ Cfr. RAMÍREZ MARTÍNEZ y otros, cit., p. 220. Vid. también, con apoyo de la jurisprudencia comparada, DIEZ SANCHEZ, cit., p. 103. Con todo, la doctrina (cfr. VALDES DAL-RE, “El derecho de huelga”, cit., p. 959) ha aclarado que las garantías para el mantenimiento de los servicios esenciales no pretenden preservar la organización del servicio en sí misma considerada; “lo que se busca es evitar que su interrupción anule el ejercicio de los derechos fundamentales (...) El objeto de la tutela constitucional no son, en suma, las actividades que cubren necesidades vitales para la incolumidad de la sociedad; lo son los derechos fundamentales y los bienes jurídicos protegidos por la Constitución en la medida en que su ejercicio requiera el mantenimiento de unos servicios que, por lo mismo, cumplen una clara función instrumental, pues sirven de apoyo o sustrato material para ejercitar el derecho o disfrutar el bien”.

⁶⁴⁶ Cfr. CASSAGNE, cit., p. 53. Vid. también CABANELLAS, cit., T. III, Vol. 2, p. 187: “Las empresas pueden ser públicas o privadas; pero unas y otras cumplen servicios de interés público, actividades que satisfacen necesidades colectivas primordiales”; y DIEZ SANCHEZ, cit., p. 108: “no son equivalentes los conceptos de servicio esencial y servicio público, siendo indiferentes para la calificación jurídica de un servicio como esencial la titularidad pública o privada del mismo”. Y agrega en p. 109: “la noción de servicio esencial es más amplia que la de servicios públicos, ya que un servicio esencial para la comunidad puede ser de titularidad privada o de titularidad pública”.

⁶⁴⁷ Vid. en esta línea COSCUBIELA I CONESA, Joan y FALGUERA I BARO, Miquel Àngel, “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales a la comunidad. Una propuesta de autorregulación”, en ALARCON, Manuel Ramón (coordinador), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid 1992, p. 363: “a) Un servicio esencial puede estar garantizado desde una empresa de titularidad pública o privada; b) No todos los servicios públicos que tengan como finalidad facilitar a las personas estos derechos o bienes protegidos, están afectados de igual manera por la consideración de servicios esenciales; c) El nivel de cobertura del servicio público para garantizar los servicios esenciales a la Comunidad no es homogéneo y depende de diversos factores: complementariedad o no de otros servicios que proporcionen el mismo bien protegido, ámbito temporal de la interrupción del servicio con motivo de la

la medida que el Estado va cediendo terreno, en el plano económico, a la iniciativa privada para llevar a cabo proyectos esenciales y que afectan a un número significativo de personas. Por tanto, no todo servicio público puede ser catalogado, *a priori*, como servicio esencial⁶⁴⁸; y no todo servicio esencial debe necesariamente ser de carácter público, pudiendo encontrarse dicha condición perfectamente en actividades regidas por el derecho privado⁶⁴⁹.

huelga, etc.”.

⁶⁴⁸ Vid. en esta línea OIT, cit., pp. 116 y s.: “El Comité señaló que 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, por cuanto su interrupción podría ocasionar perjuicios públicos, y las que no son esenciales conforme a este criterio”.

⁶⁴⁹ Un criterio similar expuso Juan de Dios CARMONA en la discusión de esta garantía en la Comisión ORTUZAR. En su parecer, hay que distinguir entre las empresas que son de “utilidad pública y cuyos servicios son esenciales para la marcha de la nación, en las cuales cabe la negociación colectiva y en las que el arbitraje pasa a ser obligatorio, y el resto de las empresas del Estado, que pueden entrar a competir en igual forma que las empresas privadas en cualquier campo de actividad económica (...) si por cualquier motivo estas empresas del Estado constituyen monopolio, no cabe tampoco la posibilidad de crear un conflicto que las conduzca a una huelga, sino que simplemente se les impone el arbitraje”. Vid. *ACTAS*, cit., sesión N° 382, p. 2786.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2002

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE

ACTAS DEL CONSEJO DE ESTADO, edición manuscrita

ACUÑA JUNEMANN, Gustavo, *La Huelga y la Función Pública en el Derecho Chileno*, Memoria de Prueba, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1954

ACUÑA RAMOS, Rolando, *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1971

AGUILO REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona 2000

ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón, “Derecho al Trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, RPS N° 121 (1979)

- “El derecho a inmigrar”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006

ALARCON CARACUEL, Manuel R. y GONZALEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, 4° edición, Tecnos, Madrid 1991

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Asociaciones intermedias, Constitución, Estado y Bien Común”, en XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil. Parte General y los Sujetos de Derecho*, Nascimento, Santiago 1971

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera reimpresión, Madrid 2002

- *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, primera reimpresión, Madrid 1997

ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, Anuario de Derecho Civil, T. XLVI, Fasc. I (1993)

ALONSO GARCIA, Manuel y otros, *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1979.

ALONSO OLEA, Manuel, *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid 1982

- “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid 1989

- *Introducción del Derecho del Trabajo*, 5º edición, Civitas, Madrid 1994

- “Artículo 37.1. Negociación Colectiva”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (director), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, T. III, Edersa, Madrid 1983

ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, “El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público”, *Documentación Administrativa* N° 210-211 (1987)

ALVEAR URRUTIA, Eduardo, “El arbitraje obligatorio en la legislación del trabajo”, *RDJ T. XXXIX* (1942)

ALVEAR URRUTIA, Jorge, “Comentario crítico a las disposiciones legales sobre conflictos colectivos del trabajo”, *RDJ T. XLIII* (1946)

AMUNATEGUI JORDAN, Gabriel, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1950.

ANDRADES RIVAS, Eduardo, “Comentarios sobre la colegiación profesional obligatoria y el estatus jurídico de las asociaciones gremiales profesionales”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000

APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid 1989

BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *Europa y las profesiones liberales*, Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá, Madrid 1989

- “Una primera aproximación a la nueva ley de colegios profesionales”, *RAP* N° 74 (1974)

- *Los colegios profesionales en el Derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid 1968

BALDASARRE, Antonio, *Los derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2001

BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El arbitraje laboral*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1993

BARASSI, Ludovico, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. III, Alfa, Buenos Aires 1953

BARREIRO GONZALEZ, Germán, “La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980

BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2º edición, Tecnos, Madrid 1988

- *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*, Trotta, Madrid 1991

BAYON MOHINO, Juan Carlos, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991

BERMEJO CABRERO, Fernando, “Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública”, REDA N° 62 (1989)

BERNASCHINA GONZALEZ, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1951.

BILBAO UBILLOS, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, “Estado Social, Constitución y Derechos Fundamentales”, en ASOCIACION LABORAL PARA EL DESARROLLO (ATC) (editor): *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, Lima 1993

BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La capacidad para contratar la prestación de servicios”, RDN N°s. XXIX-XXX (1960)

- “Sindicatos y colegios profesionales”, ACFS N° 22/1982

BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El status constitucional de los extranjeros”, en MARTIN-RETORTILLO, Sebastián (coordinador), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La libertad de profesión en el marco de la teoría general alemana de los derechos fundamentales”, RFDUC Curso 2000-2001 (2001)

BULNES ALDUNATE, Luz, “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, RDP N° 29-30 (1981)

- “El derecho de elegir el sistema de salud y la evolución de la jurisprudencia”, en ACTAS XXXIX JORNADAS DE DERECHO PÚBLICO, LexisNexis, Santiago 2005

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 9º edición, Porrúa, México D.F. 1975

CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral*, T. I, Vol. 2, Helias, Buenos Aires 1987

CAFFARENA DE JILES, Elena, *Diccionario de Jurisprudencia Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1959

CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, 2º edición, El Ateneo, Buenos Aires 1960

CALVO GALLEGO, Francisco Javier y DE SOTO RIOJA, Sebastián, “Los colegios profesionales como asociaciones empresariales”, AL N° 20 (1998)

CAMPOS ALONSO, Miguel Angel, “La negociación colectiva en la Constitución”, en *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1985

CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile*, 7º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992

CAMPS RUIZ, Luis Miguel y SALA FRANCO, Tomás, “La exclusión del personal funcional y estatutario”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (director), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. I, Edersa, Madrid 1990

CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios a la Constitución Política de 1833*, 2º edición, Imprenta de la Librería del Mercurio, Santiago 1874

CARRILLO CALLE, Martín, “Los derechos laborales en las Constituciones hispanoamericanas: bases para un estudio comparado”, en ASOCIACION LABORAL PARA EL DESARROLLO (ATC) (editor), *Constitución, Trabajo y Seguridad Social*, Lima 1993

CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis, “La problemática de los colegios profesionales en el Derecho comparado (Francia, Italia, Alemania)”, en MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (coordinador), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid 1996

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988

CASSAGNE, Juan Carlos, *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid 1993

CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, reimpresión de la 14º edición, T. I, Vol. II, Reus, Madrid 1987

CASTIÑEIRA FERNANDEZ, Jaime, “El trabajo de los penados”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén (director), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. II, Vol. 1, Edersa, Madrid 1990

CEA EGAÑA, José Luis, “Dignidad, derechos y garantías en el régimen constitucional chileno”, en *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*, Corporación de Reparación y Reconciliación, Colección Estudios N° 5, Santiago 1996

- *Derecho Constitucional chileno*, T. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2004

- “La igual protección de los derechos”, RCHD Vol. 9 (1982)

- *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1988

CENTRO DE ESTUDIOS PUBLICOS (CEP), *La historia reciente de Chile. Colegios profesionales*, extractos del Diario El Mercurio, de 29 de marzo de 1981, verano de 1992

CERDA MARTINEZ-PUJALTE, Carmen, “Principio de igualdad y prohibición de discriminación en las relaciones jurídico privadas: la doctrina de la Drittwirkung”, RCG N° 61 (2004)

CID CLAVERO, Benjamín, *La potestad disciplinaria del Colegio de Abogados*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1979

COLIN, A. y CAPITANT, H., *Derecho Civil*, T. I, Reus, Madrid 1952

COLLANTES ESPINOZA, Flora, *Los colegios profesionales*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1962

CONTRERAS PELAEZ, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid 1994

CORREA CARRASCO, Manuel, *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997

COSCUBIELA I CONESA, Joan y FALGUERA I BARO, Miquel Angel, “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales a la comunidad. Una propuesta de autorregulación”, en ALARCON, Manuel Ramón (coordinador), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid 1992

COSSIO DIAZ, José Ramón, *Estado social y Derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989

COTTERRELL, Roger, *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona 1991

CRUZ VILLALON, Jesús, “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006

CRUZ VILLALON, Pedro, “Dos cuestiones de titularidad de derechos fundamentales: los extranjeros

las personas jurídicas”, REDC N° 35 (1992)

CURY URZUA, Enrique, *Derecho Penal*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1985

DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, “Algunas consideraciones sobre los colegios profesionales”, RDP N° 27 (1980)

DÄUBLER, Wolfgang, *Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1994

DAVILA IZQUIERDO, Óscar, “Ilegalidad del decreto sobre expropiación de salitreras”, RDJ T. XXXVII (1940)

DE ARRILLAGA, José Ignacio, “Valor de las ofertas hechas a personas indeterminadas”, RDM Vol. XIV N° 40 (1952)

DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, 8° edición, T. I, Porrúa, México D.F. 1991

DE GISPERT PASTOR, María Teresa, “La noción de empresa en la Constitución española”, en *La Empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Madrid 1989

DE LA CUEVA, Mario, *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*, 12° edición, T. I, Porrúa, México D.F. 1990

DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 5° reimpresión, Ariel, Barcelona, 1997

DEL SAZ, Silvia, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid 1995

DELGADO MOYA, Rubén, *El Derecho social del presente*, Porrúa, México D.F. 1977

DIARIO DE SESIONES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

DIARIO DE SESIONES DEL SENADO

DIAZ LEMA, José Manuel, “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1988

DIEGUEZ, Gonzalo, *Orden público y conflictos colectivos*, EUNSA, Pamplona 1976

DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, T. I, 5º edición, Civitas, Madrid 1996

DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2º edición, Thomson-Civitas, Madrid 2005

DIEZ SANCHEZ, Juan José, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid 1990

DIRECTORIO INSTITUTO DE INGENIEROS DE CHILE, El Mercurio de 29 de agosto de 1992, cuerpo A

DURAN LOPEZ, Federico, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992

- “El futuro del Derecho del Trabajo”, REDT N° 78 (1996)

- “Medios de solución no jurisdiccionales de los conflictos laborales: el arbitraje”, REDT N° 41 (1990)

DWORKIN, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, La isla de la luna, Buenos Aires 2003

ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid 1967

ENTRENA CUESTA, Rafael, “El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. III, Civitas, Madrid 1991

ERMIDA URIARTE, Óscar, “La Constitución y el Derecho Laboral”, en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1995

ERRAZURIZ O., Alfonso, *Las profesiones en el Derecho Penal*, Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago 1981

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 2º edición, T. IV, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago 1976

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986

FANLO LORAS, Antonio, *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Civitas, Madrid 1992

- “Encuadre histórico y constitucional. Naturaleza jurídica y fines. La autonomía colegial”, en MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (coordinador), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid 1996

FERNANDEZ, Tomás-Ramón, “Los derechos constitucionales”, en GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y CLAVERO AREVALO, Manuel (directores), *El Derecho Público de finales de siglo*, Civitas, Madrid 1997

- *De la arbitrariedad de la Administración*, 3º edición, Civitas, Madrid 1999

FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José y RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, Barcelona 1996

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid 1992

FERRER I RIBA, Joseph y SALVADOR CODERCH, Pablo, “Asociaciones, democracia y Drittwirkung”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid 1997

FOLGUERA CRESPO, “Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales”, *Actualidad Laboral* N° 18 (1992)

GAETE BERRIOS, Alfredo, *Código del Trabajo*, T. II, Encina, Santiago 1970

- *Manual de Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1949

GALIANA MORENO, Jesús María y CAMARA BOTIA, Alberto, “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: las decisiones discriminatorias del empresario”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

GALVEZ MONTES, Javier, “Colegios profesionales y tarifas de honorarios de ingenieros”, *AP* N° 100-102 (1983)

GAMILLSCHEG, Franz, “Las fuentes del derecho de huelga en el Ordenamiento jurídico alemán”, *RFDUC* N° 17 (1993)

GAMONAL CONTRERAS, Sergio, “La Reforma al Derecho Individual del Trabajo en la Ley N° 19.759: entre la equidad y el mercado aparente”, RLCH, julio 2002

- *Derecho Colectivo del Trabajo*, LexisNexis, Santiago 2002

- *Ciudadanía en la empresa o los derechos laborales inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2004

- “La lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad”, RLCH, agosto 2001

- “La Constitución de 1980 y la libertad sindical”, Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 1 (2000), *Homenaje al profesor Alfredo Bowen H.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, Santiago 2000

- “La libertad sindical en el ordenamiento laboral chileno y los Convenios 87 y 98 de la OIT”, Cuaderno Jurídico Universidad Adolfo Ibáñez N° 14 (2000)

- “La Reforma Laboral y la Libertad Sindical”, RLCH, mayo 2002

GANDOLFO G., Pedro, “¿Licencia para informar?”, Puntos de Referencia, Centro de Estudios Públicos N° 124 (1993)

GARCIA ABELLAN, Juan, *Introducción al Derecho Sindical*, Aguilar, Madrid 1961

- *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1969

GARCIA CABEZAS, Mario, *El Colegio de Abogados*, Universitaria, Santiago 1959

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4° edición, Civitas, Madrid 2006

- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Alianza, Madrid 1999

- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, REDA N° 89 (1996)

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 8° edición, T. I, Civitas, Madrid 1997

GARCIA LOPEZ, Rafael, “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, REDT N° 44 (1990)

GARCIA MURCIA, Joaquín, “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006

- “Derecho de sindicación y colegios profesionales en la jurisprudencia constitucional”, REDC N° 31 (1991)

GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1986

GAY FUENTES, Celeste, “La regulación del ejercicio de la profesión periódica”, RAP N° 126 (1991)

GIUNI, Gino, *Derecho Sindical*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1983

GLADSTONE, Alan, *El arbitraje voluntario de los conflictos de intereses*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1988

GYAMARTI, Gabriel y otros, *Las profesiones: dilemas del conocimiento y del poder*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 1984

GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid 1996

GOMES CATILHO, José Joaquim, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, RCEC N° 1 (1988)

GOMEZ MONTORO, Angel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: Un intento de fundamentación”, REDC N° 65 (2002)

GONZALEZ BIEDMA, Eduardo, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1989

- “Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas”, en *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid 1994

- *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid 1992

GONZALEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid 2002

GONZALEZ ORTEGA, Santiago, “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid 1992

GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, Elías, “La perfección del contrato de trabajo como origen de derechos y obligaciones”, RPJ N° 1 (1986)

- *El Derecho del Trabajo. Una reflexión sobre su evolución histórica*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Valladolid, Valladolid 1996

GOULD, W. B., “El sistema de arbitraje en los Estados Unidos”, en *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid 1994

GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Anales de la Universidad de Chile, Santiago 1929

GUZMAN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 2001

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1998

HAURIOU, André, GICQUEL, Jean y GELARD, Patrice, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, 2° edición, Ariel, Barcelona 1980

HERNANDEZ BASUALTO, Héctor, “El Derecho Penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII, N° 2 (2004)

HERRERO DE MIÑON, Miguel y FERNANDEZ DEL VALLADO, Juan, *Especialización y profesión médica. La garantía constitucional de las profesiones tituladas y la especialización médica según la jurisprudencia*, Civitas, Madrid 1997

HUECK, A. y NIPPERDEY, H. C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963

HUNNEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, en *Obras de don Jorge Hunneus*, 2° edición, T. II, Imprenta Cervantes, Santiago 1891

IRURETA URIARTE, Pedro, “Consecuencias para la libertad de trabajo de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago”, RCHD Vol. 19 N° 3 (1992)

- “Los colegios profesionales y el Derecho del Trabajo”, RCHD Vol. 21, N° 1 (1994)

- “Libertad de trabajo”, en *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad. Estudios en homenaje al profesor Ramón Luco Larenas*, Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago 1993

- “La falta de probidad como causa de extinción del contrato de trabajo”, en *Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago 1998

- “Normativa interna sobre prevención y erradicación del trabajo infantil de conformidad a los convenios internacionales ratificados por Chile”, en CILLERO, Miguel y MADARIAGA, Hugo (compiladores), *Trabajo Infantil, freno al desarrollo. Panorama general y políticas para su desarrollo*, Unicef - Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Santiago 2000

- “Notas sobre el concepto constitucional de huelga”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVI N° 1 (2002)

- “Trabajo y Derecho: Perspectivas futuras”, *Persona y Sociedad*, Vol. XVIII N° 2 (2004)

- “La situación procesal de los entes de hecho en el proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”, *Cuadernos Judiciales* N° 8 (2004)

JEAMMAUD, Antoine, “El Derecho Constitucional en las relaciones de trabajo en Francia”, en *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. En Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero Y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid 2006

JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2000

JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REDA* N° 81 (1994)

JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, T. II, Vol. I, Bosch, Buenos Aires 1950

KAHN-FREUND, Otto, *Trabajo y Derecho*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 26° edición, Eudeba, Buenos Aires 1989

KONIG, Abraham, *La Constitución de 1833 en 1913*, Imprenta Santiago, Santiago 1913

KRAWIETZ, Werner, *El concepto sociológico del Derecho y otros ensayos*, 2º edición, Fontamara, México D.F. 1994

LASAGABASTER, Iñaki, “Derechos Fundamentales y personas jurídicas de Derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991

- “Colegios profesionales y potestad sancionadora. Comentario a las STS de 30 de mayo de 1994”, RVAP N° 43 (1995)

LASTRA LASTRA, José Manuel, “Inconstitucionalidad de las cláusulas sindicales: ¿70 años después?”, REDT N° 112 (2002)

- “Paradojas de la autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo”, REDT N° 124 (2004)

LEON HURTADO, Avelino, *La Causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990

LETELIER, Valentín, *La Gran Convención de 1831-33. Recopilación de Actas, sesiones, discursos, proyectos y artículos de diarios relativos a la Constitución de 1833*, Catálogo de la Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago 1901

- *Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales*, Cabaut y Cía. Editores, Buenos Aires 1917

LINARES QUINTANA, Segundo V., “El Derecho constitucional de huelga”, en *La Huelga*, T. I, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1951

LOPEZ GANDIA, Juan, “Breve nota sobre el artículo 35 de la Constitución española (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo)”, en *Estudios sobre la Constitución española*, Secretariado de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Valencia 1980

LOPEZ JACOISTE, José Javier, “La profesión, condición civil de la persona”, ADC T. LII, Fasc. III (1999)

LOPEZ RAMON, Fernando, “Reflexiones sobre la libertad profesional”, Revista de Administración Pública N° 100 (1983)

LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona 1970

LUQUE PARRA, Manuel, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, J. M. Bosch, Barcelona 1999

MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1986

MAESTRO BUELGA, Gonzalo, *La Constitución del Trabajo en el Estado Social*, Comares, Granada 2002

MARTIN PUEBLA, Eduardo, “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, T. 1990-1

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián, “Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid 1989

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “El papel de los colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”, en MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo (coordinador), *Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid 1996

MARTIN SAINT-LEON, E., *Historia de las Corporaciones de Oficio*, Parthenon, Buenos Aires 1947

MARTIN VALVERDE, Antonio, “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RPS* N° 137 (1983)

- “Pleno empleo, Derecho al Trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980

- “La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo”, *REDT* N° 33 (1988)

MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1992

MARTINEZ, José Ignacio, “Los derechos sociales”, en *Lecciones de Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso 1997

MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, “Derecho al trabajo y políticas de empleo”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

MARTINEZ EMPERADOR, Rafael, “Huelga en servicios esenciales para la comunidad”, en *Estudios sobre la Huelga*, Acarl, Madrid 1992

MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J. L., “Naturaleza de las corporaciones públicas profesionales (sentencia de 12 de abril de 1983, Sala 3ª del Tribunal Supremo, Aranzadi número 1923)”, *REDA* N° 39 (1983)

MARTINEZ ROCAMORA, Luis G., *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona 1998

MATEO, Luis, “Naturaleza jurídica de las cuotas colegiales de los colegios profesionales y competencia para su determinación o modificación (a propósito de la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1981)”, REDA N° 38 (1983)

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, T. IV, Depalma, Buenos Aires 1982

MAYORGA LORCA, Roberto, *Naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1990

MELIS VALENCIA, Christian, “En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (Parte I)”, BDT N° 148 (2001)

- “En torno al contrato de trabajo y los derechos fundamentales (Parte II)”, BDT N° 149 (2001)

MERCADER UGUINA, Jesús R., “Sistema de fuentes y globalización”, REDT N° 119 (2003)

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 2° edición, T. IV, Coimbra Editora Limitada, Coimbra 1993

MOLINA GUAITIA, Hernán, *Derecho Constitucional*, 3° edición, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción 1995

MONEREO PEREZ, José Luis, “Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch”, en *Elementos de Sociología Jurídica. Estudio Preliminar*, Comares, Granada 2001

- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1996

- “El derecho a la negociación colectiva”, en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada 2002

- *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada 1997

- *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987

MONTERO Y CASADO DE AMEZCUA, Francisco Javier, “La colegiación de los funcionarios públicos”, REDA N° 43 (1984)

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 16º edición, Tecnos, Madrid 1995

- “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980

- “Sobre empresa y política”, REDT N° 64 (1994)

- “Los requisitos procedimentales del ejercicio del derecho de huelga”, en *Estudios sobre la Huelga*, Acarl, Madrid 1992

- “El trabajo en la Constitución (la experiencia española en el marco iberoamericano)”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

- “El trabajo en la Constitución”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Subdirección General de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003.

- *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1965

MONTOYA MELGAR, Alfredo y CAMARA BOTIA, Alberto, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid 1990

MORGADO VALENZUELA, Emilio, “Necesidad, funcionalidad y viabilidad de la negociación colectiva en el marco de los actuales procesos de cambios: la situación en Chile”, en *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago 1998

- “Iberoamérica: constitucionalización de los principios y derechos fundamentales en el Derecho colectivo del trabajo”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

MÜNCH, Ingo von, “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid 1997

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, “Colegios y organizaciones profesionales”, RDPOL N° 36 (1992)

MUÑOZ MACHADO, Santiago, PAREJO ALFONSO, Luciano y RUILOBA SANTANA, Eloy, *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de*

las atribuciones de los técnicos titulados, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983

NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Derecho de Seguridad Social*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977

OIT, *La Libertad Sindical*, 2º edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1976

OJEDA AVILES, Antonio, *Derecho Sindical*, 7º edición, Tecnos, Madrid 1995

ONETO S., Antonio, *Tratado General sobre Reanudación de Faenas*, Ediciones Revista Técnica del Trabajo y Previsión Social, Santiago 1971

ORTEGA, Luis, “Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público”, REDA N° 26 (1980)

ORTEGA TRECEÑO, Jesús V., “Un caso de aplicación por el Tribunal Supremo de la reserva de ley para regular el ejercicio de las profesiones tituladas contenidas en el artículo 36 de la Constitución”, REDA N° 42 (1984)

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos, “Los derechos a la seguridad social y a la salud en la Constitución”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980

- “La negociación colectiva en España, 1978-1979. De la Constitución al Estatuto de los Trabajadores”, RPS N° 135 (1982)

- “El derecho constitucional de huelga y su regulación en España”, RFDUC N° 17 (1993)

- “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, en *Derecho del Trabajo y Razón Crítica. Libro dedicado al profesor M. C. Palomeque en su XXV aniversario como catedrático*, Salamanca 2004

- “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid 2003

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, 3º edición, CEURA, Madrid 1995

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, 9º edición, T. II, Marcial Pons, Madrid 1995

PARDO VALENCIA, Fanny, *Ética y Derecho de la Abogacía en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (escritos de filosofía jurídica y política)*, Cuaderno “Bartolomé de las Casas” N° 11, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid 2004

PELLISSIER, Jean, “La liberté du travail”, *Droit Social* N° 1 (1990)

PERA, Giuseppe y PAPALEONI, Marco, *Diritto del Lavoro*, 7ª edición, Cedam, Padova 2003

PEREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 5ª edición, Tecnos, Madrid 1993

PIZARRO WILSON, Carlos, “Los derechos fundamentales y los contratos: una mirada a la Drittwirkung”, *GJ* N° 221 (1998)

PRADOS DE REYES, Francisco, “Las peculiaridades de trabajo en el empleo público”, *Actualidad Laboral* N° 16 (1990)

PRIETO SANCHIS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *RCEC* N° 22 (1995)

QUINTANA BENAVIDES, Augusto, “La garantía constitucional de una justa retribución y la garantía legal de un ingreso mínimo en el Orden Público Laboral chileno”, *Persona y Sociedad*, Vol. XIV N° 3 (2000)

QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969

RAMIREZ MARTINEZ, Juan M. (director), GARCÍA O., Jesús y SALA FRANCO, Tomás, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1992

RAVEAU, Rafael, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, Nascimento, Santiago 1939

RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 14ª edición, Porrúa, México D.F. 2003

RIBERA NEUMANN, Teodoro y VIGUERA FIGUEROA, Hernán, “La empresa y su reconocimiento constitucional”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000

RIESCO, Germán, “Alcance del Artículo 547 del Código del Trabajo. Facultad de los Tribunales para rever los actos del Ejecutivo”, *RDJ* T. XLIV (1947)

RIOS ALVAREZ, Lautaro, “Asociaciones intermedias, Estado y Bien Común”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000

- “Las Asociaciones, el derecho de asociación y los colegios profesionales”, en *XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público*, T. I, Universidad de Valparaíso, Valparaíso 2000

- “Los colegios profesionales”, en *XXVI Jornadas de Derecho Público*, T. 2, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, RDP N° 59 (1996)

- “Inconstitucionalidad de la disolución de los colegios”, GJ N° 186 (1995)

RIVERO LAMAS, Juan, “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

RIVERO, Jean y SAVATIER, Jean, *Droit du Travail*, 13° edición, Presses Universitaires de France, Paris 1993

RODRIGUEZ OLVERA, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada 1998

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “Dualismo representativo en el empleo público”, *Relaciones Laborales T. II* (1987)

- “Igualdad y no discriminación en el empleo”, en *Derecho y Conocimiento*, Vol. 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, Huelva 2001

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda, *Igualdad y Discriminación*, Tecnos, Madrid 1986

RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín, “La negociación colectiva en la Constitución de 1978”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980

ROJAS MIÑO, Irene, “Las contradicciones entre el modelo normativo de negociación colectiva y el principio de libertad sindical”, *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N° 1/2000*. Homenaje al profesor Alfredo Bowen H.. Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo, Santiago 2000

- “La legislación laboral en Chile en el ámbito de las relaciones colectivas del trabajo: control de la autonomía colectiva”, *Ius et Praxis*, Año 6, N° 2 (2000)

- “El peculiar concepto de empresa para efectos jurídico laborales: implicancias para la negociación colectiva”, *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2 (2001)

ROLDAN, Alcibíades, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, 3° edición, Imprenta Laguna & Co., Santiago 1924

- ROMAGNOLI, Umberto, “Weimar, ¿y después?”, en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, Madrid 1992
- ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, *Poder de Dirección y Contrato de Trabajo*, Grapheus, Valladolid 1992
- ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 3º edición, Eudeba, Buenos Aires 2005
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Los deberes constitucionales”, REDC N° 62 (2001)
- RUCHELLI, Humberto Fernando y FERRER, Horacio Carlos, *El orden público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1991
- SAEZ CARLIER, Felipe, “El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales”, BDT N° 154 (2001)
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid 2005
- “El Despido discriminatorio”, en *Estudios sobre el despido disciplinario*, 2º edición, Acarl, Madrid 1992
- SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid 1976
- “Colegios profesionales”, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, T. III, Edersa, Madrid 1983
- “Ejercicio privado de funciones públicas”, RAP N° 100-102 (1983)
- SALA FRANCO, Tomás (director), *Derecho del Trabajo*, 9º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995
- “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006
- SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTECINOS, Ignacio, *Derecho Sindical*, 4º edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1996
- SALA FRANCO, Tomás y GOERLICH PESET, José María, “La sucesión de empresa en la Administración Pública”, Poder Judicial N° 8 (1987)
- SANCHEZ AGESTA, Luis, *Curso de Derecho constitucional comparado*, 7º edición, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1988

SANCHEZ ICART, Javier, “Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable”, *Relaciones Laborales*, T. II (1994)

SANCHEZ MARTINEZ, M. Olga, *La huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid 1997

SANCHEZ SAUDINOS, José Manuel, *Los colegios profesionales en el ordenamiento constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990

SANCHEZ TORRES, Esther, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, Consejo Económico y Social, Madrid 1999

SASTRE IBARRECHE, Rafael, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid 1996

SAVATIER, Jean, “La liberté dans le travail”, *Droit Social* N° 1 (1990)

SCHIESSLER QUEZADA, Guillermo, “El régimen disciplinario profesional de los químico-farmacéuticos”, *ADA* N° 2, 1977/1978

SCHREGLE, Johannes, “Relaciones de trabajo en el sector público”, *RIT* Vol. 90, N° 5 (1974)

SEMPERE NAVARRO, Antonio-Vicente, “Las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *La obra científica de Manuel Alonso Olea (en sus XXV años de catedrático de Derecho del Trabajo)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia 1983

SEPULVEDA BUSTOS, Mario, “Ocaso de los colegios profesionales”, *RJT* N° 4 (1980)

SERRANO L. DE H., Ricardo, *Las profesiones liberales*, Memoria de Prueba, Publicaciones Universidad de Concepción, Concepción 1943

SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1963

- “¿Deben suprimirse los colegios profesionales?”, *RJT* N° 6-7 (1980)

SILVA BASCUÑAN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, “Los colegios profesionales en la Constitución”, *RCHD* Vol. XVI N° 2 (1989)

- “Control del comportamiento ético de los profesionales”, en ZUÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, LexisNexis, Santiago 2005

SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, 2° edición, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1969

SILVA GALLINATO, María Pía, “Los derechos laborales en la Constitución de 1980”, en *Constitución 80'. Estudio Crítico*, Ediar-ConoSur, s/f.

SOTO CALDERON, Juan Carlos, *Derecho Penal del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1961

SQUELLANARDUCCI, Agustín, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000

STARCK, Christian, “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”, REDC N° 66 (2002)

STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, RCEC N° 1 (1988)

TAPIA GUERRERO, Francisco, “Constitucionalidad del proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo”, RLCH N° 8 (1995)

- “Los convenios colectivos impropios y el derecho a negociar colectivamente”, BDT N° 114 (1998)

- *Sindicatos en el Derecho chileno del Trabajo*, LexisNexis, Santiago 2005

- “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho chileno del Trabajo”, en *Estudios en homenaje al profesor William Thayer A.*, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago 1998

THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, *Manual de Derecho del Trabajo*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989

THAYER ARTEAGA, William y RODRIGUEZ ALVARADO, Antonio, *Código del Trabajo y Legislación Social*, T. I, Editorial Jurídica de Chile - Ediar-ConoSur, Santiago 1988

TISSEMBAUM, Mariano M., “La constitucionalización y codificación del trabajo, sus efectos e interpretaciones”, en DEVEALI, Mario L. (director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. I, La Ley, Buenos Aires 1964

TOLEDO CORSI, César, *La negociación colectiva en la Constitución de 1980*, Tesis Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 2002

TOVILAR ALAS, Leopoldo: “La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991

TORRE, Abelardo, *Introducción al Derecho*, 14° edición, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003

TREU, Tiziano y otros, *Relaciones de trabajo en la Administración Pública: un estudio comparativo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra 1993

UGARTE CATALDO, José Luis, “Los derechos fundamentales después de la reforma laboral”, BDT N° 155 (2001)

- “Libertad sindical y Constitución: como superar una vieja lectura”, RLCH N° 86 (2000)

- *Los derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral*, Ensayos Jurídicos N° 2, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado, Santiago 2006

- “El concepto legal de empresa en el derecho laboral chileno: mucho ruido, pocas nueces”, RLCH (2001)

VALDES DAL-RE, Fernando, “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, Madrid 1992

- “La negociación colectiva en la Constitución”, RPS N° 121 (1979)

- “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, Relaciones Laborales T. I (1990)

- “El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1993

VALDES RODRIGUEZ, Alfredo, “La negociación colectiva a partir del Plan Laboral”, en *La Negociación Colectiva en Chile*, Gestión, Santiago 1997

VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República*, 2° edición, T. I y II, Andrés Bello, Santiago 1986

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1989

VARELA DIAZ, Santiago, “La idea de deber constitucional”, REDC N° 4 (1982)

VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo*, T. 2, Astrea, Buenos Aires 1982

- “Fundamentos constitucionales del Derecho del Trabajo Argentino”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Derecho Constitucional*, 2º edición, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997

VERGARA DEL RIO, Mónica, “Productividad, salarios y negociación colectiva”, RLCH (1999)

VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, “La libertad constitucional del ejercicio profesional”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid 1991

VIVANCO MARTINEZ, Angela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, T. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2006

WAISS BAND, Óscar, *Antecedentes económicos y sociales de la Constitución de 1833*, Imprenta y Enc. Lers, Santiago 1934

WALKER ERRAZURIZ, Francisco, “Análisis sucinto de las normas constitucionales vigentes en materia de Derecho laboral en Chile”, en *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al profesor Manuel Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003

- “La institucionalidad laboral chilena”, BDT N° 96 (1997)

WALKER LINARES, Francisco, *Derecho del Trabajo y Relaciones del Trabajo*, Ediar-ConoSur, Santiago 1989

WEISS, Dimitri, *La función de los recursos humanos*, Ciencias de la Dirección, Madrid 1993

YAÑEZ ALCAINO, Luis Fidel, *Control y facultades de la Corte Suprema sobre los tribunales especiales, jurisprudencia*, Universitaria, Santiago 1962

ZUÑIGA URBINA, Francisco, “Derechos fundamentales y garantías en la reforma constitucional”, en *La Constitución reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca - Librotecnia, Santiago 2005

ABREVIATURAS

ACFS (Anales de la Cátedra Francisco Suárez)

ADA (Anuario de Derecho Administrativo)

ADC (Anuario de Derecho Civil)

AL (Actualidad Laboral)

BDT (Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo)

BGB (Código Civil alemán)

CPR (Constitución Política de la República)

CT (Código del Trabajo)

DL (Decreto Ley)

GJ (Gaceta Jurídica)

RAP (Revista de Administración Pública)

RCEC (Revista del Centro de Estudios Constitucionales)

RCG (Revista de las Cortes Generales)

RCHD (Revista Chilena de Derecho)

RDJ (Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales)

RDM (Revista de Derecho Mercantil)

RDN (Revista de Derecho Notarial)

RDP (Revista de Derecho Público)

RDPOL (Revista de Derecho Político)

REDA (Revista Española de Derecho Administrativo)

REDC (Revista Española de Derecho Constitucional)

REDT (Revista Española de Derecho del Trabajo)

REP (Reglamento de Establecimientos Penitenciarios)

RFDUC (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense)

RFM (Revista Fallos del Mes)

RIT (Revista Internacional del Trabajo)

RJT (Revista Jurídica del Trabajo)

RPS (Revista de Política Social)

RLCH (Revista Laboral Chilena)

RPJ (Revista Poder Judicial)

RVAP (Revista Vasca de Administración Pública).