




El Trabajo en la Nueva Constitución

José Luis Ugarte, Universidad Diego Portales;
César Toledo Corsi, Universidad Diego Portales
Daniela Marzi Muñoz, Universidad de Valparaíso

Resumen

En esta minuta  se abordan aspectos centrales que debiesen ser considerados en la nueva Constitución . En la primera parte se aborda lo concerniente a los principios esenciales a ser considerados (protección del trabajo y no discriminación); en la segunda parte se aborda lo concerniente a libertad sindical y participación en la empresa; y en la tercera se enfatiza la importancia del género y trabajo. 

Palabras Clave:
protección del trabajo, derecho a huelga, libertad sindical, género y trabajo, no discriminación.

I. Principios

Protección del trabajo

La actual Constitución reconoce a toda persona la libertad de trabajo y su protección (art. 19 N°16 inciso 1°), entendiéndose que tal protección constitucional extiende el resguardo al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo, protegiendo, dentro de este orden, al trabajo propiamente tal. (En este sentido, entre otras, TC, rol 1.852-10, 26.07.2011) Sin perjuicio que la voz trabajo incluye no solo aquel que se desarrolla bajo subordinación, sino también al que se caracteriza por la autonomía de quien lo presta, el rasgo protector, a no dudar, se despliega a plenitud en el caso del trabajo subordinado.

Reflejo de la necesidad protectora del trabajo subordinado lo encontramos, en una dimensión institucional, en la necesaria existencia (como ocurre en Chile desde septiembre de 1924) de una institución pública, como la Dirección del Trabajo, destinada a favorecer la eficacia de las normas laborales por medio de su facultad inspectiva, unida, entre otras más, a su facultad sancionadora y de intérprete de la legislación laboral, tarea esta que favorece una fiscalización más homogénea al ampararse en un mismo criterio interpretativo de la legislación laboral.

El desequilibrio de poder propio de las partes de la relación laboral, exige que el Estado se ocupe que la protección sea eficaz y, para ello, especialmente en países como Chile pródigo en organizaciones sindicales carentes de real poder, el potenciamiento de la inspección del trabajo desde el otero constitucional, resulta esencial.

A lo anterior, se suma la necesidad que la protección del trabajo tenga, también, una dimensión judicial que de cuenta de la integralidad de la protección del trabajo. Esto supone reconocer el acceso a la justicia de los y las trabajadoras y sus organizaciones (sindicales) para la tutela de sus derechos y el cobro oportuno de sus créditos laborales, en un escenario de necesaria complementariedad de competencias entre la autoridad administrativa y la judicial, esto es, sin que la labor inspectiva (especialmente en aquellos casos en que con mayor intensidad se pretende eludir el rasgo imperativo de las normas laborales) pueda ser obstaculizada por visiones estrechas del ámbito de lo fiscalizable, más aún cuando el acto administrativo final en que se materialice la fiscalización, siempre podrá ser objeto de impugnación judicial.

Resulta recomendable que, en la redacción de la nueva Constitución, se mantenga un reconocimiento genérico de la protección del trabajo (en sus diversas modalidades), sin necesidad de precisar ámbitos específicos dignos de protección, asumiendo que este es un espacio propio de la ley, salvo la referencia al ámbito inspectivo y de acceso a la justicia laboral recién comentados.

No discriminación

El derecho a no ser discriminado por circunstancias inherentes a la persona encuentra en el trabajo uno de los ámbitos más fértiles ya que desde el momento que se selecciona un trabajador o trabajadora se están aplicando criterios de distinción para determinar quién accederá a la posición de trabajador, que en nuestra sociedad define las posibilidades de acceso a otros derechos sociales y condiciona una especial forma de ciudadanía.

El esquema constitucional actual del derecho a no ser discriminado en el ámbito del trabajo (art. 19 N° 16 inciso 5 de la Constitución) autoriza como excepciones aquellas que se funden en la capacidad e idoneidad de

la persona del trabajador, además de la edad y la nacionalidad, casos esto últimos cuyos términos específicos regula la ley.

La norma legal del art. 2 del Código del Trabajo es la que establece la prohibición en relación con criterios sospechosos y que provienen de otras tradiciones jurídicas que han sido recogida de manera más bien automática, lo que haría provechoso hacer una revisión de estos criterios y de su significado en nuestra sociedad. A esto se añade un fenómeno más reciente: la incorporación cada vez más abundantes de nuevos criterios (en muchos casos reiterativos, por ejemplo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento que podrían todos entrar en sexo o género) pero que no por estar expresamente enunciada reciben algún tratamiento propio en cuanto a qué se entiende por esa forma específica de discriminación (por ejemplo, el tan interesante como inexplorado criterio de discriminación socioeconómica) y que formas de reparación debieran requerir.

La discriminación, al tramitarse por medio de la acción de tutela de derechos fundamentales (arts. 485 y siguientes del Código del trabajo), ha recibido en la jurisprudencia la aplicación de la carga argumentativa del principio de proporcionalidad, es decir, exigiendo que la parte denunciada explique la razonabilidad de la medida que se denuncia como discriminatoria –su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto– aunque muchas veces se confunde o se usa como sinónimo con la exclusión de la arbitrariedad, que es el estándar propio del recurso de protección y que exige excluir la falta total de fundamento o el capricho, que es un estándar más liviano de argumentación.

Por otra parte, probablemente la experiencia más significativa de la tramitación de la discriminación por la acción de tutela de derechos fundamentales, es que se rige la prueba indiciaria como carga probatoria, lo que permite acreditar hechos secundarios o indirectos que permitan crear una sospecha en el sentenciador y que, una vez cumplida produce la consecuencia de trasladar la carga probatoria plena al denunciado. Esta característica central cosa no está contemplada, por ejemplo, con

Ley N° 20.609 de medidas contra la discriminación de 2012, norma que debiera ser principal en el sistema antidiscriminatorio y que fue promulgada en forma posterior en el tiempo a la tutela cuya vigencia se inicia el 2008. En estos años se ha podido comprobar que la llamada Ley Zamudio ha tenido resultados bastante malos en los tribunales a diferencia de la acción de tutela labora, que puede mostrar un conjunto de sentencias relevantes por cada derecho fundamental, y en ellos la carga probatoria es una causa relevante de este fracaso, por lo que sería importante constitucionalizar estos elementos centrales del proceso.

La no discriminación debiera insertarse dentro de un compromiso del Estado con la igualdad y que signifique remover, por medio de sus políticas, los obstáculos que impiden el libre desarrollo de la persona y su participación económica y política en la sociedad, con una fórmula, por ejemplo, como la que tuvo la Constitución de 1925 en su art. 10 N° 17 tras la Ley N°17.398 “17°. El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualmente de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley”. Es importante porque esas condiciones inciden en la repartición equitativa de los bienes que permiten el desarrollo del mérito y capacidad individual.

Debiera establecerse que se trata de una forma de protección que cubre la relación laboral desde su fase precontractual (en la selección de un trabajador es probablemente donde inciden el mayor número de factores discriminatorios y actualmente no tienen una acción clara de judicialización) **hasta la poscontractual**, en línea con lo planteado respecto del principio de protección constitucional.

Debe proibirse tanto la discriminación directa, un trato que escapa de un estándar debido y que se conecta a un criterio sospechoso, como la discriminación indirecta, es decir, que la aplicación de un acto o medida provoque un resultado perjudicial para un grupo determinado.

En el mismo sentido, sería importante para diferenciar el sistema nuevo del anterior, que se estableciera expresamente que la justificación para desvirtuar la calificación de un acto como discriminatorio debe ser plenamente razonable y asegurarse que la carga probatoria será aliviada, del tipo de la prueba indiciaria, esto es, que se puedan acreditar hechos secundarios o indirectos, que generen una sospecha en el sentenciador, por ejemplo: no tengo prueba del momento en que ocurre el acto discriminatorio pero sí de la denuncia inmediatamente después realizada en la Inspección del trabajo y testigos a los que la trabajadora les relató los hechos. Asimismo, debe garantizarse la reparación de las víctimas y las garantías de no repetición, es decir, que se establezcan medidas correctoras que a futuro impidan que se pueda reproducir la discriminación, acorde con la obligación de garantía de los derechos fundamentales, que vincula a todos los Estado parte del Sistema Interamericano de derechos humanos, que implica que el ordenamiento jurídico garantiza que las personas puedan hacer un ejercicio real de ellos.

II. Libertad sindical y participación en la empresa

Derecho de sindicación

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

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

Si bien dentro del reproche que se formula a la actual Constitución en materia de reconocimiento de la libertad sindical, lo relativo al derecho de sindicación cobra menor intensidad crítica, en perspectiva de un futuro

reconocimiento en la nueva Constitución, se hace necesario, por cierto, eliminar toda referencia a las actuales prohibiciones (art. 23) y ofrecer un contenido muy en sintonía con las normas internacionales del trabajo que, por lo mismo, consagren:

- el derecho de los trabajadores y las trabajadoras a constituir sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses, con la sola condición de observar los estatutos de los mismos.
- el derecho de los sindicatos a formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección.
- El Estado deberá permitir que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente, absteniéndose de toda intervención que limite este derecho y garantizándoles su autonomía.
- La ley podrá establecer un sistema de representatividad sindical para ejercer derechos sindicales colectivos, siempre que se base en criterios razonables.

Derecho a la negociación colectiva

El reconocimiento de la negociación colectiva como derecho fundamental de los trabajadores es un rasgo de una parte importante de la tradición jurídica occidental, ya sea por la vía de un reconocimiento indirecto como manifestación de la libertad sindical—el caso del artículo 9.1 de la Ley Fundamental alemana—o como complemento necesario del derecho de huelga—el caso del artículo 57 de la Constitución uruguaya—.O bien ya sea, como forma de reconocimiento directo en condición de derecho autónomo propio de la acción colectiva de los trabajadores como el caso chileno en el artículo 19 N° 16 de la Constitución que establece que “la negociación colectiva es un derecho de los trabajadores en la empresa que laboran”.

¿De qué valor es expresión la negociación colectiva como derecho fundamental?

La negociación colectiva es expresión, antes que todo, de una forma de autonomía. Se trata del reconocimiento de un espacio de actuación colectiva para decidir con quien, en qué nivel y alcance, y con qué contenido se determinarán las condiciones de trabajo para un ámbito de relaciones laborales determinado. Pero no solo eso, también se relaciona con la libertad en el sentido de que es una forma de poner límites al poder empresarial que gobierna la relación laboral, en salvaguarda de la libertad de los trabajadores involucrados en la representación colectiva.

Por otra parte, la negociación colectiva es un derecho al servicio de la igualdad. Constituye un derecho social relevante para dar cumplimiento con la “promesa de sociedades justas” o “más igualitarias” que se suelen hacer en los textos constitucionales. Por esta razón, su expansión es especialmente importante en el derecho latinoamericano. En efecto, en sociedades tozudamente desiguales la negociación colectiva opera, al decir de Arendt, como un “derecho para obtener derechos” para un grupo especialmente desaventajado como son los trabajadores asalariados.

La negociación colectiva mejora, podríamos decir, dando un paso adelante, un derecho social preferente, en cuanto presenta aspectos estructurales ventajosos respecto de otros derechos de la misma categoría: es un derecho social que permite acceder a otros derechos sociales y económicos (vg. alimentación, vivienda, educación etc.), pero que el mismo tiempo maximiza la autonomía de sus titulares, en cuanto, son ellos quienes decidirán en que bienes invertirán su renta de negociación colectiva, evitando de paso, la estandarización propia de los derechos sociales. Y todo esto, sin costo para el Estado.

¿Quién es el titular del derecho a negociar colectivamente?

La negociación colectiva es, según convención ampliamente admitida, una manifestación de la autonomía co-

lectiva. Lo relevante de ello es que -desde el punto de vista de la protección del trabajador- se considera que dicho tipo de autonomía es una forma de libertad contractual superior, normativamente hablando, a la autonomía individual. La expresión colectiva de los trabajadores tiene prioridad por sobre la expresión individual de esos mismos trabajadores.

De ahí que la titularidad de este derecho fundamental nunca sea estrictamente individual del trabajador, en el sentido, que no es posible su ejercicio sin la concertación con otros trabajadores. No hay negociación colectiva, como parece obvio, sin sujeto colectivo que exprese una pretensión laboral.

La norma constitucional puede determinar ese colectivo en el sindicato, en cuyo caso se trataría de una titularidad orgánica, que exige la existencia de una organización sindical. Ello sería razonable si lo que se busca constitucionalmente es fortalecer el sindicato como forma representativa de mayor valor dentro del espacio del trabajo. **Desde el punto de vista constitucional, existe una prioridad sindical que parece tener una justificación obvia: el único sujeto que debe ser reconocido constitucionalmente es el sindicato, por ser la única asociación de trabajadores titular de la libertad sindical.**

De lo contrario, la titularidad puede recaer en los trabajadores, pero sin fijar el carácter de dicho colectivo: puede ser tanto un sindicato, como otro tipo de unión o coalición de trabajadores, pero necesariamente debe tratarse de una concertación de trabajadores.

Contenido del derecho a negociar colectivamente

Si la negociación colectiva tiene la categoría de derecho fundamental, la cuestión relevante de responder es: ¿qué significa ello para su contenido? O lo que es lo mismo teóricamente hablando, ¿cuáles son esas posiciones reconocidas detrás del derecho de negociación colectiva y por qué ellas tienden a expandirse?

De partida, en el aseguramiento de este derecho de negociación colectiva para los trabajadores subyacen tres

ideas fundamentales: la libertad de las partes para elegir el nivel donde desarrollar esa negociación, la libertad para elegir las materias sujetas a la autonomía colectiva y el aseguramiento de la fuerza jurídica de los acuerdos o convenios que se suscriban en ejercicio de esa autonomía colectiva.

Las posiciones activas reconocidas al titular del derecho fundamental de negociación colectiva son las siguientes:

a) Derecho a elegir el nivel de la negociación:

Lo que se reconoce constitucionalmente tras el derecho de negociación colectiva es la autonomía para que los sujetos sociales involucrados en el trabajo decidan en qué espacio económico-laboral quieren situar su negociación. No se trata, entonces, de establecer forzosamente un nivel de negociación superior a la empresa (inter-empresa, sector o rama) por vía constitucional, sino de ampliar al juego de la autonomía colectiva a todos los espacios de negociación que las propias partes -incluidos el o los empleadores- estimen conveniente.

Desde esta perspectiva una norma constitucional respetuosa con el derecho de negociación colectiva de los trabajadores no impone un determinado espacio empresarial donde debe producirse la negociación colectiva, sino que respeta la libertad de las partes de la relación laboral de escoger y acodar dónde se producirá la negociación de las condiciones de trabajo.

b) Derecho a la libre contratación:

La negociación colectiva es un espacio de autonomía reconocido a los actores del trabajo para poder determinar por sí mismos la regulación de las relaciones laborales de los trabajadores y empleadores involucrados. Se trata de una forma de libertad contractual cuya peculiaridad es la técnica de la representación colectiva: se pacta y acuerda para otros.

De este modo, dentro del contenido central de este derecho está la facultad de determinar sin interferencias por parte del Estado—ya por la vía de la reglamentación legal

y/o la acción administrativa—las condiciones de trabajo y las reglas del gobierno de las relaciones de trabajo que quedan bajo el ámbito del acuerdo o convenio colectivo. El límite de este contenido es obvio: dicha libertad contractual debe respetar los límites mínimos fijados por la ley expresados en normas de orden público laboral.

En relación con la materia objeto de la autonomía colectiva constitucionalmente reconocida, parece evidente que si las partes no pueden elegir las materias que serán comprendidas por la negociación, existe una restricción a la libertad contractual de las partes que carece de justificación. El reconocimiento constitucional supone una fuerte creencia en la autonomía de los actores sociales en términos de que sean ellos mismos los que fijen los alcances de los acuerdos y convenios colectivos a los que arriben.

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

c) Derecho a la “fuerza normativa” de lo acordado:

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

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

d) Derecho a las medidas de presión:

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

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

Derecho de huelga

La huelga es la manifestación más relevante de la libertad sindical, ya que históricamente fue la que produjo que las organizaciones todavía como fenómeno extrajurídico o incluso criminalizado, pudieran llegar a negociar sus reivindicaciones. Es un a priori para la eficacia de la organización y su poder negociador. No obstante, la Constitución del '80 en el art. 19 N° 19 solo la menciona para prohibirla a los trabajadores del sector público, cuestión que se explica en su origen: para el programa de la dictadura la disrupción de la normalidad productiva solo podía ser vista como un enemigo. Sin embargo, el derecho de huelga es un derecho fundamental y sobre esta declaración existe consenso tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional, además de estar así establecido en normas internacionales como el artículo 8.1.b) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador garantiza el derecho a la huelga, y el numeral 2.º).

El que la huelga sea un derecho fundamental implica una expansión en torno a los fines que protegerá y a las modalidades o formas de ejercicio protegidas por éste, y en ambos casos significa dejarlo como decisiones

propias de la autonomía sindical. “Se producirá –en las experiencias jurídicas más robustas– una notable expansión en la conducta protegida por el derecho: toda acción colectiva de los trabajadores que busca alterar el proceso productivo, incluyendo tanto la suspensión total y concertada del trabajo como cualquier conducta disruptiva de ese proceso, y cuya finalidad puede ser, salvo restricciones normativas expresas, cualquiera que fijen los trabajadores, incluyendo objetivos económicos generales o puramente políticos(...)En ese sentido, en el derecho de huelga se modificarán, expandiéndose, tanto la acción protegida –incluyendo los fines– como las consecuencias jurídicas que recaen sobre los que están afectados por la acción colectiva de los trabajadores” (Ugarte, Huelga y Derecho, Thomson Reuters, 2016).

La huelga como derecho fundamental en las Constituciones suele estar reenviada a la ley como forma de regulación y, en consecuencia, de limitación. Desde nuestro punto de vista, el único aspecto en el ejercicio de la huelga que no puede quedar entregado a la autonomía de las organizaciones sindicales es la cuestión de los servicios mínimos en los servicios esenciales, entendido estos últimos como mínimo de servicio garantizado que impida que la huelga vulnere derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto laboral, ya que se trata de derechos de igual jerarquía que requieren protección.

El surgimiento y consolidación de los servicios mínimos en los servicios esenciales ha producido sin duda una forma de morigeración del derecho de huelga, significó un declive en su potencia, por lo que la Constitución debe ocuparse más que de remitir directamente el tema al legislador, de establecer parámetros para que esa regulación garantice la eficacia de la huelga, entendida como amenaza real de daño al derecho de propiedad, balanceado con la protección de derechos fundamentales de terceros, es decir, en ningún caso se trata de derechos de la contraparte empleadora, como ocurre hoy con el art. 359 del Código del trabajo, en que se protegen los bienes corporales e instalaciones de la empresa, más el uso de cláusulas abiertas como “la utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población, incluidas las relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y para garantizar la prevención de daños am-

bientales o sanitarios”.

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

Derecho de participación en la dirección (co-gestión).

La justificación de la participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa supone argumentos de diferente naturaleza. De partida, los trabajadores participan de una relación de trabajo que se caracteriza por la facultad de control y disciplinaria del empleador, constituyendo un poder privado de ejercicio potencialmente arbitrario. La participación de los trabajadores dentro de ese propio poder, es una forma de atenuar dicha dominación. Dar voz a los trabajadores al interior de la gestión de la empresa, disminuye el poder arbitrario sobre ellos.

La posibilidad de establecer la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa puede ser, como parece obvio, tanto en la normativa constitucional, como en la legal. No hay una razón técnica jurídica para que exista un espacio único necesario para el diseño de la institución de la cogestión.

Si existe una razón de política jurídica para diseñar, al menos en sus rasgos básicos, la cogestión en la normativa constitucional, que es la más obvia impugnación de la

cogestión desde la perspectiva del derecho de propiedad privada. Parece evidente que, un principio o derecho que supone la incorporación obligatoria de representantes de los trabajadores en el órgano de dirección de la gestión empresarial supone una restricción al derecho del que disponen los propietarios del capital -accionistas-, de decidir la gestión económica del mismo, los que sostendrá, en consecuencia, que la cogestión es una forma inconstitucional de vehiculizar la participación de los trabajadores.

En ese sentido, podrían existir dos formas jurídicas de estructurar la participación de los trabajadores en el marco de nueva normativa constitucional.

O como un principio jurídico que genera un mandato abierto para ser ejecutado por el legislador, quien debe implementar la participación de los trabajadores en la dirección de las empresas. O como un derecho subjetivo propiamente tal, que establezca expresamente las condiciones y el contenido del deber del empleador de la incorporación de representantes de los trabajadores en la dirección empresarial.

La primera opción, la del principio jurídico, para ser mínimamente operativa, supondría un mandato preciso para que el legislador desarrolle los elementos propios del sistema de participación en el plano legislativo. Así, por ejemplo, en el caso italiano, al Constitución prefigura un principio de participación en el artículo 46, que establece que *“con el fin de mejorar el trabajo económica y socialmente, en armonía con las necesidades de la producción, la República reconoce el derecho de los trabajadores a colaborar en la gestión de las empresas, en las formas y dentro de los límites establecidos por las leyes”*.

La segunda opción -la del derecho-, en cambio, exige hacer frente al diseño de la estructura jurídica que soportara el derecho constitucional de participación en la dirección de la empresa por parte de la propia normativa legal. El diseño de un derecho constitucional a la participación en términos normativos exigiría, como es obvio, la resolución de diversos aspectos propios de la categoría de un derecho subjetivo, a saber: el sujeto titular, el sujeto pa-

sivo y el contenido obligacional. No obstante, no parecen elementos igualmente problemáticos. La determinación del sujeto activo del derecho -titular- aparece especialmente compleja, porque expresa la relación de la figura de la cogestión o participación con la representación colectiva de los trabajadores.

El contenido del derecho corresponde a la obligación de incorporar en el órgano de gobierno de la sociedad que reviste la calidad de empleador, a un número de representantes de los trabajadores en las condiciones que la ley determine, en calidad de directores laborales. El sujeto pasivo del derecho constitucional de participación serían las empresas que adopten formas societarias cuya dirección corresponda a un órgano colegiado—sociedades mercantiles anónimas o análogas—.

En fin, en relación con el sujeto pasivo del derecho, se presenta la mayor dificultad del diseño constitucional del derecho. El factor que explica la especial dificultad que presenta la fijación del titular del derecho de participación, es la determinación del tipo de vinculación que dicha representación tendrá con el sistema de representación sindical que opera dentro de la empresa.

La titularidad, en este caso, supone la facultad de elección del representante. De tratarse de un derecho de titularidad orgánica corresponderá al sindicato o los sindicatos elegirlos, en caso de tratarse de un derecho individual de ejercicio colectivo, corresponderá a todos y cada uno de los trabajadores decidir quiénes serán los directores laborales.

III. Género y trabajo

El Derecho del trabajo fue una política de progreso social: quien trabaja será ciudadano en un sentido sustancial, ya que desde su primer programa político, la división de la jornada en 8 horas para trabajar, 8 horas para descansar y 8 horas para la participación social la idea era el desarrollo cabal de la persona. De esta forma se dio origen al concepto menos elitista de ciudadanía al transformar al trabajo subordinado en el ámbito productivo como fuente de la ciudadanía, aunque marcaba también su cerco, ya que significaba la imposibilidad de una existencia digna fuera de ese registro.

Desde el origen del Derecho del trabajo como disciplina, se definió como objeto de interés el llamado trabajo productivo o en el ámbito de la empresa, relegando otros sectores a un lugar secundario o con características especiales, así ocurría con el trabajo en el sector público, en las artes o el trabajo doméstico o de los llamados “criados”, cuyas repercusiones todavía se advierten en nuestro sistema jurídico laboral (muy notorio fue el caso de las trabajadoras de casa particular que quedaron fuera de la Ley de protección al empleo en sus dos primeras versiones durante la pandemia, pues no pertenecían al seguro de cesantía que era la base de la protección que preveía la norma.

Sin embargo, cuando la mujer accede a trabajos llamados productivos es siempre de forma desmejorada: en la informalidad laboral, en peores condiciones siendo un ícono de esto la brecha salarial o sin acceso a puestos

de poder, entre otros problemas. La paradoja es que hoy la oferta laboral se parece mucho a lo recién descrito solo que se trata de condiciones de precariedad que alcanzan a hombres y mujeres. El trabajo es precario para todos y todas. El trabajo está bajo amenaza porque se nos dice que va a desaparecer. Eso da un piso ideológico clave para entender el debate sobre el trabajo en el siglo XXI: si el trabajo será más escaso que nunca lo que vale hoy es simplemente tener un trabajo sin importar las características que este tenga. “la noción de v. Despoja al discurso del trabajo de aquello que le permitió cruzar el siglo XX de la mano de ideales democráticos: no solo quien trabaja, cuestión en términos abstractos disponible para quien quiera hacerlo, sería el ciudadano del siglo XX sino que del trabajo productivo emanaría nada menos que la cohesión social: ”La noción de vínculo social se basa, por tanto, en la reciprocidad, contrato social o utilidad social: mientras apporto mi contribución a la sociedad, desarrollo mi sentimiento de pertenencia, quedo ligado a ella, porque la necesito y soy útil” (Meda, 1998: p. 21). Sin embargo, esa cadena de valor: trabajo productivo, ciudadanía y democracia, es hoy la línea de la controversia.

Una corriente del pensamiento feminista que ha reflexionado sobre el trabajo busca subvertir la lógica del valor del trabajo productivo y de la falta del valor del trabajo reproductivo: un Estado que no tiene respuestas para lo que más se requiere –cuidados– está siendo subsidiado gratuitamente por la mayor parte de su población (Federici, Silvia, Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas, Traficantes de sueños, 2013).

Otra parte del pensamiento feminista exige que se ajuste el sistema jurídico laboral hasta nivelar en la práctica los derechos de las mujeres con los de los hombres trabajadores. Aquí entra la idea de la categoría de la transversalización de género, esto es, que la igualdad entre los géneros sea un objetivo presente en toda estrategia de desarrollo y en sus evaluaciones, y que la perspectiva de género sea una forma de análisis de toda decisión pública, lo que implica verificar si una medida o acción esta pese a no estar dirigida a un gé-

nero en particular sino que está planteada en términos neutrales desde el punto de vista del destinatario, en la realidad produce efectos perjudiciales para las mujeres, que es, además, el único caso de grupo subalterno que constituye una mayoría. Como puede apreciarse es similar al análisis de la discriminación indirecta pero que en este caso se aplica específicamente para el caso de la discriminación de género. Sobre este punto es interesante revisarla muy reciente Opinión Consultiva 27/21, de la Comisión Interamericana sobre “Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género”, en la que a propósito del derecho de igualdad y no discriminación, afirmó: “La Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”. (Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_27_esp.pdf).

En consecuencia, es relevante revisar el acuerdo social en torno a si el término trabajo y su protección se conservará en el ámbito del trabajo subordinado productivo (entendido como opuesto al de cuidados) o bien se redefinirá expandiéndose a los cuidados. En ambos casos debiera haber una declaración en relación con la finalidad de eliminar la “generización del trabajo de cuidados” proponiéndose como ideal la distribución equitativa de estas tareas en la sociedad a la hora de

diseñar las políticas al respectivas. Asimismo, debiera declarar la finalidad de conseguir un objetivo nuevo para el Derecho del trabajo: no solo la corrección de la desigualdad entre parte trabajadora y empleadora sino también la igualdad en la participación de los géneros en el ámbito del trabajo productivo. Este punto debiera tener su base en el mandato de transversalización de género, que como ya dijimos, es de carácter general, y que también deberá respetarse en el ámbito de la protección del trabajo.