

Organización administrativa y función pública

Día 3 – Panel 2

Tabla de contenido

I. Sobre la necesidad del reconocimiento de la libertad sindical de los empleados públicos en la Constitución Política de la República	2
II. Nueva Constitución y reserva de Administración o de Derecho administrativo	8

I. SOBRE LA NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Glenn Calvo Muñoz

En términos generales, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) ha expresado que “la libertad sindical y de asociación, y el derecho de sindicación y de negociación colectiva son derechos humanos fundamentales...”, sin realizar distinción de los destinatarios de tales derechos, esto es, con independencia del cuerpo estatutario aplicable a los trabajadores y en concordancia con la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada el año 1998 por el citado organismo.

De esta manera, el contenido protegido de la libertad sindical comprende el derecho de sindicalización, derecho a la negociación colectiva y el derecho a huelga, los que a su vez alcanzan su propio contenido de mayor o menor alcance dependiendo del tratamiento que observan en cada ordenamiento jurídico.

Actualmente nuestra Carta Fundamental no asegura explícitamente la libertad sindical de los empleados públicos, lo que en relación con sus esferas de acción o manifestaciones se desprende de su mismo texto normativo (artículo 19 N° 16) al limitar la circunstancia relativa a que la negociación colectiva con la entidad en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar, agregando que no podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Esto, pese a la ratificación del 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, instrumento que en términos generales regula el derecho de los funcionarios públicos a negociar colectivamente, así como otras materias conexas,

en relación al bloque constitucional consagrado en la Carta Magna en su comprensión de los atributos de derechos esenciales, y en este caso, de los trabajadores.

En el ámbito legal, como estatuto general, la Ley N° 18.834 proscribire en el literal

i) de su artículo 84 a los funcionarios públicos el organizar o pertenecer a sindicatos en el ámbito de la Administración del Estado, dirigir, promover o participar en huelgas, interrupción o paralización de actividades, totales o parciales, haciendo el símil de esta actividad con la retención indebida de personas o bienes, y en otros actos que perturban el normal funcionamiento de los órganos de la Administración del Estado, lo que armoniza con lo prescrito en el artículo 11 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, particularmente en lo referido a la huelga de los servicios públicos. En definitiva, los preceptos legales se configuran “criminalizando” la faz funcional de la libertad sindical (CAAMAÑO, 2006) o posición funcionaria de requerir legítimamente a la Administración del Estado en lo concerniente a sus intereses en su relación jurídico-administrativo- laboral.

Para un mejor análisis de lo anteriormente expuesto, es necesario puntualizar que el artículo 38 de la Constitución Política de la República establece que “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”, lo que se materializa en normas estatutarias de orden legal para el personal de la Administración del Estado, creadas bajo la figura de la función pública y basadas en ciertos principios dentro de los cuales se halla el de responsabilidad, eficacia, probidad, celeridad y continuidad del servicio.

Por su parte, con independencia de la forma en que se ha estructurado el sistema estatutario chileno con diversos regímenes jurídicos que vinculan al Estado

con sus funcionarios, se publica el año 1994 la Ley N° 19.296, la que en su artículo 1 reconoce a los trabajadores de la Administración del Estado, incluidas las municipalidades y del Congreso Nacional, el derecho de constituir, sin autorización previa, las asociaciones de funcionarios que estimen conveniente, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas. Agrega que es aplicable a los miembros del Poder Judicial actualmente en ejercicio o jubilados, sin perjuicio de las excepciones que se señalan, y precisando (lo que resulta útil en nuestro estudio) que no se aplicará a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los funcionarios de las empresas del Estado dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se relacionen con el Gobierno a través de éste, ni a los trabajadores de las empresas del Estado que, de acuerdo con la ley, puedan constituir sindicatos, por lo que se desprende que normativa y formalmente existe una asimilación de esta figura al derecho de asociación, sin perjuicio que la libertad sindical emana de aquel.

El ámbito de aplicación de la normativa aludida, no siempre ha sido un tema pacífico. En efecto, respecto del personal de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, no es sino hasta el año 2018 que la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República (en adelante CGR) en dictamen N° 24.903, de 2018, ha precisado que, al personal civil adscrito a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, les aplican los preceptos de la Ley N°19.296, realizando una interpretación armónica con instrumentos internacionales y la jurisprudencia judicial (ICA Stgo. ROL N° 149-2015) por cuanto aquellos "...se encuentran sujetos a estatutos jurídicos y condiciones laborales diversas", a diferencia del personal que desarrolla la función pública en el aspecto "técnico" de Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Aun así, no es posible afirmar que de la mera existencia de la Ley N° 19.296 el Estado chileno se encuentre en observancia de su obligación de garantizar a los empleados públicos la libertad sindical y sus manifestaciones, particularmente de su núcleo central, esto es, la negociación colectiva. En este sentido, basta la revisión

en concreto de las funciones o facultades de las asociaciones de funcionarios contempladas en aquel cuerpo normativo, particularmente las descritas en su artículo 7, en comparación con aquellas definidas en el artículo 220 del Código del Trabajo, de lo cual se advierte la afectación del contenido esencial del derecho de sindicalización de los funcionarios del sector público.

Por otro lado, es dable tener presente que mediante el Decreto N° 1539, del año 2000, del Ministerio de Relaciones Exteriores, se promulga el Convenio N° 151 antedicho, en virtud del cual su artículo 1 expresa que aquel deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo, haciendo la distinción con la extensión de sus garantías a los empleados de alto nivel que por sus funciones se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial y la determinación por la legislación nacional de la extensión de las garantías aplicables a las fuerzas armadas y a la policía, en este último punto conciliable con lo prescrito en la Constitución nacional.

En cuanto a la primera condición para su aplicación, hemos de recurrir a otros instrumentos, como sería en este caso en particular los Convenios N°s 87 y 98 del mismo organismo (ratificados por Chile en 1999), a objeto de determinar la existencia de disposiciones más favorables a los empleados públicos.

Respecto de la segunda condición, como se indicó, hay una correspondencia con el texto constitucional en lo que concierne al personal de las fuerzas armadas y de policía.

Conforme al Convenio antedicho, la protección a los empleados públicos se da contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo, y que puede consistir, entre otros, a sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o que deje de ser

miembro de ella o despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización, lo cual es expresión de la libertad sindical en un sentido puro.

En este contexto, el Convenio N° 151 asegura que las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas; gozarán de la adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración; y considera actos de injerencia principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública.

En cuanto a la forma de los mecanismos a utilizar para la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo, es relevante la proposición de 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 con la finalidad de inspirar la confianza de los interesados.

De este modo, el presente trabajo tiene por finalidad observar, a la luz de las disposiciones, y particularmente del artículo 1 del Convenio N° 151 de la OIT, si se dan los supuestos normativos en Chile para tener por satisfecha la necesidad de un reconocimiento meramente legal o buscar una consagración sólida en la Constitución.

Como primera aproximación, la Constitución actual no ofrece la garantía mínima en su texto expreso en el respeto a la libertad sindical de los empleados públicos, salvo la cláusula de no afectación del contenido esencial del derecho,

como mecanismo de resguardo o de efecto protector y que dará pie al cuestionamiento sobre la manera de establecer explícitamente una normativa atingente o llevar a cabo una interpretación armónica de los preceptos internacionales que superen la barrera de la posición clásica del derecho administrativo amparada en el interés público por sobre el particular.

Así, en este escenario es que se abordará, entre otros, el fenómeno de que “la mejor huelga es la prohibida y no la reglada” desde la efectividad de la presión que pudiese ejercer el personal de la Administración del Estado ante la autoridad/Gobierno, frente a la situación de trabajadores regidos por el Código del Trabajo, en que la negociación se encuentra normada, no desviando la necesidad de reconocimiento positivo de aquella figura.

Además, a modo de proponer un modelo de consagración positiva de la libertad sindical de los funcionarios públicos en la Constitución Política, se atenderá a aquellos ordenamientos que siguen una tendencia diversa a la nacional.

II. NUEVA CONSTITUCIÓN Y RESERVA DE ADMINISTRACIÓN O DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Cristian Ismael Montero Cartes¹

En el presente trabajo se pretende examinar la (in)conveniencia de que la (posible) nueva constitución chilena imponga supuestos de *reserva de administración (de reglamento)* o de *reserva de Derecho administrativo*. En el texto -que se encuentra en desarrollo- se expondrán argumentos a favor o en contra de la consagración por esa carta fundamental de reglas que consagren tales instituciones.

Para explicar la primera técnica, es menester indicar que por reserva reglamentaria se ha entendido la “[f]ijación de materias que han de ser reguladas exclusivamente por normas de valor reglamentario”²; en otros términos, hipótesis en que, por disposición constitucional, existen materias que *necesaria y exclusivamente* han de ser reguladas por una norma de rango infralegal, de carácter administrativo.

Para comprender tal figura, es útil recordar que tradicionalmente ha sido el principio de jerarquía (atado a los de legalidad y reserva de ley) el que ha regido las relaciones entre ley y reglamento, en cuanto a que éste se subordina a aquélla. Por lo mismo, se sostiene -por ejemplo, para el ordenamiento jurídico español- que no existe una reserva constitucional a favor del reglamento, por lo que la ley podría disciplinar cualquier materia, no sólo en ausencia de reglamento, sino que aún frente a la existencia de uno, desplazándolo, en este último supuesto, en virtud -justamente- del aludido principio de jerarquía.

¹ Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, Chile, y Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, y Máster Universitario en Derecho Público, Universidad Carlos III de Madrid, España. crmontero@udec.cl

² Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2020): *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Espasa, Madrid. (Accesible a través de <https://dej.rae.es/lema/reserva-reglamentaria>).

De allí, pues, que se concluya que la constitución española no confiere, en general, a las Administraciones Públicas un ámbito especial que el legislador no pueda abordar. Antes al contrario, tanto la doctrina como la jurisprudencia española están contestes en que el legislador puede, en su función constitucional de desarrollo, configurar libremente las competencias de la Administración.

En suma, la cuestión de la «reserva de Administración» debe plantearse en términos de si la Constitución reserva o no al Ejecutivo (Administración) la realización de determinadas actividades o la adopción de decisiones, de tal modo que éstas estén protegidas frente a posibles injerencias de otros poderes, en particular del legislador.

En Chile, en tanto, algunos autores han destacado que, en forma excepcional, el derecho a reunirse en lugares de uso público -consagrado en el artículo 19, Nº 13, de la Constitución Política de 1980³- debe *disciplinarse exclusivamente* a través de la vía reglamentaria, esto es, actos normativos generales emanados de la autoridad administrativa; por lo mismo, desde la perspectiva de las fuentes de Derecho, el constituyente habría optado por excluir en la regulación de este derecho al legislador y, consecuentemente, habría impuesto una *reserva reglamentaria o de reglamento* (en el Derecho alemán, se acuñó el concepto de *reserva de Administración*).

En punto a la segunda técnica, se entenderá aquí por “reserva de Derecho administrativo” aquellas “[n]ormas establecidas en la Constitución respecto de algunas instituciones administrativas que exigirían necesariamente la regulación mediante técnicas de derecho administrativo”⁴.

³ Cabe consignar que el inciso primero del precepto de que se trata confiere a todas las personas «[e]l derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.» En tanto, el inciso segundo de igual norma previene que «[l]as reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.»

⁴ Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial (2020): *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Espasa, Madrid. (Accesible a través de <https://dpej.rae.es/lema/reserva-de-derecho-administrativo>).

En España, se ha invocado su aplicación para combatir la llamada huida del derecho administrativo, esto es, a la aplicación del Derecho privado a la actividad de la Administración.

En general, se afirma que el objetivo de esta institución es impedir que la Administración se convierta en persona de Derecho privado, evadiendo con ello las garantías y controles a los que se tradicionalmente se halla sujeta.

Se trataría, en concreto, de una suerte de “garantía institucional” que excluiría la posibilidad de que la Administración se someta al Derecho privado y gestione conforme a tal régimen las funciones públicas a ella asignadas.

Como consecuencia de esta doctrina se predica la prohibición de invocar el Derecho privado en aquellas materias que impliquen el ejercicio de soberanía o manifestación de mando o autoridad (función recaudadora, regulatoria, autorizante, expropiatoria, etc., como asimismo, las de reconocimiento de derechos, ayudas, subvenciones, exclusivas de explotación o adjudicación de bienes y servicios). Además, supone que aquellas actuaciones públicas bajo formas y régimen de derecho privado (por ejemplo, aquellas que se realicen en un contexto competitivo que por sí mismo impone una disciplina de actuación, o aquellas otras en que por ley especial, en cada caso, se autorice tal régimen), la Administración no deja de ser Administración, y como tal ha de someterse a los principios constitucionales sobre la actuación de los poderes públicos.

En relación con la actividad económica de la Administración, en España se sostiene por parte de la doctrina que ella es admisible pero con la prevención de que la iniciativa privada no debe ser suprimida o excluida por una excesiva iniciativa pública, debiendo limitarse, en aplicación del principio de subsidiariedad, la actividad comercial o empresarial del Estado a los supuestos en que la iniciativa privada no puede hacerlo o es insuficiente; pues de lo contrario, podría a suprimir la actividad privada y convertir en imposible el ejercicio de la libertad de empresa.

Adicionalmente, en virtud de la institución de que se trata resultaría improcedente el llamado proceso de “laborización de la función pública”, de modo que no podría una ley establecer que los funcionarios de un servicio público sean contratados a través de las normas derecho laboral común.

Igualmente, pugnaría con esta técnica el que el Parlamento se encargue de la gestión y dirección de los servicios públicos, como asimismo, que sea el Parlamento el que nombre directamente a los directivos de los servicios públicos.

Por último, constituiría argumento para objetar la existencia de leyes singulares/leyes-contrato (actos administrativos del legislativo).

Con todo, la cuestión aquí analizada podría resultar de sumo interés en tanto que, en último término, se inserta en un plano más amplio de la discusión en torno a las relaciones e interacciones entre el Legislador y la Administración-Gobierno y, por lo mismo, permite la reflexión respecto del ya clásico tema de la crisis de los principios de reserva de ley y de la primacía de la misma. Pues, en efecto, debido a que en la actualidad -por razón de los continuos avances científicos y tecnológicos, la pluralidad de valores e intereses sociales, etc.- resulta casi imposible que el legislador se anticipe y reproduzca con precisión la entera realidad que pretende disciplinar, se advierte que la ley recurre, en muchos ámbitos, a conceptos legales abiertos; cláusulas y mandatos de ponderación o, en fin, se limita a fijar únicamente la autoridad, sus facultades, fines u objetivos y, en su caso, el procedimiento que ha de seguirse para la adopción de la decisión, atribuyéndose, así, a la Administración «una específica autonomía instrumental» frente a los demás poderes públicos, cuyos límites, resultan en muchas ocasiones imprecisos.

Este último punto, además, se halla en concordancia con la idea de la necesaria «autonomía» o «posición propia» que debe tener la Administración del Estado en los diversos niveles en que progresivamente se le atribuye «responsabilidad» (*Verwaltungsverantwortung*) para la satisfacción de los intereses

públicos, consecuencia de lo cual podría ponerse en cuestión diversos principios, entre ellos, por cierto, el de la primacía de la ley.