

“LOS DESAFÍOS ACTUALES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN CHILE”

Irene Rojas Miño¹⁻²

1. Introducción

El objeto de esta exposición es plantear los actuales desafíos del Derecho del Trabajo, den una perspectiva limitada al ámbito nacional.

En efecto, el objeto de mi estudio es siempre el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica, es decir, del conjunto de principios y normas que regulan las relaciones que se crean con ocasión del trabajo dependiente. Pero, ciertamente, mi método de estudio es el académico, por consiguiente debo analizar su génesis, su contenido y su aplicación, es decir la realidad social a la que se aplica, las formas y contenidos de su regulación y de los principios y fundamentos que han orientado su creación como los que se plantean en su aplicación³.

De otro lado, la dificultad de realizar un estudio serio del Derecho Comparado hace aconsejable limitar el análisis al ordenamiento jurídico nacional, sin perjuicio de rescatar algunos desafíos que son generales para los distintos sistemas de relaciones laborales. Entre otros los siguientes:

En primer lugar, los efectos de la globalización económica y las competencias al interior de los mercados nacionales y entre los mercados internacionales. Particularmen-

¹ Profesora de Derecho del Trabajo, Universidad de Talca.

² Discurso efectuado en el Acto Académico para asumir como Profesora Asociada de la Universidad de Talca, realizado en el Auditorium de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de esta Universidad, el día 9 de agosto de 2004.

Considerando la fecha con que fue efectuada esta exposición, se debe advertir que hay algunas materias cuya situación han sido modificadas, a saber, la judicatura laboral y algunos de los efectos de la descentralización productiva: la subcontratación y el suministro de trabajo. A pesar de ello, he optado por mantener el texto del discurso tal cual fue presentado en su versión original, presentando las explicaciones del caso a pie de página.

³ Como se plantea en general respecto del Derecho del Trabajo como disciplina académica. En tal sentido, véase de M. Alonso O. y Ma. E. Casas B. “Derecho del Trabajo, Decimoquinta edición, Ed. Civitas. Madrid, 1997, pp:47.

te, se plantea el desafío a muchos sistemas de competir comercialmente manteniendo los niveles de conquistas sociales, y específicamente laborales, con otros sistemas en que precisamente constituye el elemento de competencia el de disminución dichos costos del trabajo a través del desconocimiento o supresión de derechos laborales.

En segundo término, las nuevas formas de organización de las empresas a través de la descentralización productiva, en cuanto son muchas las consecuencias en el ámbito de las relaciones de trabajo. En efecto, si bien muchos de los efectos de la descentralización productiva se presentan en el plano económico y técnico, también hay consecuencias en las relaciones de trabajo, tanto en el ámbito de las de índole individual, tal como se ha manifestado en los diversos sistemas de relaciones industriales, como en el ámbito de las relaciones colectivas, que afecta particularmente a algunos sistemas de relaciones laborales, como es el chileno.

En tercer lugar, la disminución en las tasas de sindicalización, aunque ello sea en términos relativos. Se han detectado a partir de la década de los noventa algunas disminuciones en los niveles de sindicalización, aun en algunos de aquellos sistemas que históricamente han presentado altas tasas. Ello es cierto, pero debe relativizarse este fenómeno en cuanto los niveles de representatividad permanecen. En efecto, más allá de la representación medida por las tasas de afiliación, la representatividad laboral se alcanza a través de diversas acciones llevadas a cabo por el sindicato más representativo, tal como sucede con la negociación colectiva. Así, aunque un trabajador no esté afiliado a sindicato alguno, la acción sindical prioritaria, cual es la negociación colectiva, también le afectará por la directa aplicación de dicho acuerdo colectivo.

2. Estado actual del Derecho del Trabajo en Chile

Plantearse sobre el estado actual y los desafíos del Derecho del Trabajo en Chile, requiere, de una parte, efectuar un ejercicio de abstracción por sobre los intereses y experiencias inmediatas, y, de la otra, definir el nivel mínimo de exigencias para efectuar dicho análisis.

Frente al primer requerimiento, de mantener un nivel de abstracción sin mediatizarlo por los intereses y experiencias inmediatas, efectúo el ejercicio de que se trata de una interrogante de un observador extranjero, que sabe de las materias en juego pero no tiene intereses definidos.

Respecto del segundo requerimiento, rescato, de una parte, la historicidad del Derecho del Trabajo, por consiguiente, defino el análisis en los inicios del siglo 21, en el

sistema de relaciones laborales existente en Chile, con todos sus desafíos pendientes, no obstante existir diversidad en el niveles de evolución del Derecho comparado. De otra parte, mi análisis parte de la necesaria vigencia de los derechos fundamentales, siguiendo la conocida tesis de Dworkin de la necesidad de «tomarse en serio» los derechos fundamentales, sin acudir a cálculos o regateos ni a consideraciones de corte «utilitaristas»⁴.

Por consiguiente, sobre el estado actual del Derecho del Trabajo en Chile necesariamente debería plantearse que éste constituye una disciplina jurídica, cuyos objetivos fundamentales son, de una parte, ordenar normativamente las relaciones de trabajo, tanto individuales como colectivas y, de otra, establecer algunos derechos a favor del trabajador, la parte más débil de la relación individual de trabajo, y que esta disciplina está constituida fundamentalmente por normas de origen legal, en cuya interpretación han tenido relevancia algunas doctrinas jurisprudenciales construidas por los tribunales de justicia y, además, las doctrinas interpretativas elaboradas por la Dirección del Trabajo.

Ciertamente que esta disciplina jurídica, tanto en una perspectiva intrínseca como en su aplicación en el concreto sistema de relaciones laborales, se le plantean diversos desafíos, a saber:

Primero: La negación desde el modelo normativo a la acción sindical y, por consiguiente, la oposición a la construcción de un sistema autónomo de relaciones laborales y de constitución del actor sindical como sujeto activo en la tutela de los derechos laborales.

Segundo: Los efectos de la descentralización productiva en las relaciones laborales, en la vigencia y ejercicio de muchos de los derechos laborales, con una incidencia superior que en los sistemas comparados.

Tercero: La escasa eficacia de las normas laborales y, por ende, un rol especial atribuido a la Dirección del Trabajo.

Cuarto: La instauración de una judicatura laboral que cumpla con el rol de tutelar eficazmente los derechos laborales.

Quinto: Las demandas de flexibilidad actualmente vigentes.

⁴ Dworkin, R. "Los derechos en serio", Ed. Ariel, España, 1984.

3. La negación desde el modelo normativo a la acción sindical y, por consiguiente, la oposición a la construcción de un sistema autónomo de relaciones laborales y de constitución del actor sindical como sujeto activo en la tutela de los derechos laborales.

En efecto, en mi opinión, y en la de varios analistas, el modelo normativo vigente reduce el rol del actor sindical y, a la vez, rechaza la opción de un sistema de relaciones laborales en que la autonomía colectiva tenga un rol relevante en la regulación de las relaciones de trabajo. Así se concluye después de analizar tres aspectos centrales de la regulación de las relaciones colectivas de trabajo: rol de la legislación laboral, papel asignado al sindicato y papel otorgado a la negociación colectiva.

3.1. Rol de la legislación laboral.

Cierto es que la ley ésta ha constituido y constituye un instrumento privilegiado en la regulación de las relaciones de trabajo, pero ¿con cuáles objetivos ha operado históricamente en la evolución del sistema de relaciones laborales chileno?

En el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, la ley ha tenido diversos objetivos. En el antiguo sistema normativo, es decir el del Código del Trabajo de 1931, la ley estableció un marco de relaciones de trabajo en el cual eran integrados un conjunto de derechos que fueron progresivamente ampliados, ejemplo de ello fue la estabilidad en el empleo. Sin embargo, el modelo normativo de Plan Laboral instauró un sistema de fuerte desregulación, o flexibilidad como llaman algunos, a pesar de las diferencias conceptuales que existen entre ambas expresiones, en que sólo subsistieron derechos laborales mínimos.

En el orden de las relaciones colectivas de trabajo, la legislación laboral en nuestro país ha presentado características particulares, manifestadas principalmente por la intervención del Estado en dichas relaciones con el objetivo de controlarlas, aunque en algunos periodos también ha actuado con el fin de promover al actor sindical⁵. Si bien, estos rasgos intervencionistas se han reiterado en la mayoría de los países latinoamericanos, la peculiaridad chilena en esta materia es que al iniciarse el proceso de reconocimiento jurídico de la autonomía colectiva, que acontece en los sistemas comparados alrededor de la década de los setenta⁶, en Chile se plantea la posición contraria, es decir, de un control

⁵ Tal como fue en algunos periodos de vigencia del antiguo modelo normativo. Así el periodo 1964-1973 muestra la aprobación de diversos textos legales que promocionan al actor sindical, como fue, a vía de ejemplo, la Ley N° 16.625, de 1966, sobre sindicación campesina.

⁶ Aunque el intervencionismo estatal en las relaciones colectivas de trabajo se reitera en la mayoría de los países latinoamericanos, en los últimos años se tiende a un relativo logro de la autonomía colectiva (CORDOVA, E., «El panorama latinoamericano», en *Las Relaciones Colectivas en América Latina*, OIT, Ginebra, 1983).

total de las relaciones colectivas de trabajo, tal como se presenta con el Plan Laboral dictado durante el régimen militar. De esta manera se inaugura el período de una rígida legislación laboral, que regula heterónomamente diversos aspectos de las relaciones colectivas de trabajo y fija un estricto marco normativo, que es inmodificable por la autonomía colectiva. Sin embargo, como se ha señalado, en el campo de las relaciones individuales se presenta la alternativa radicalmente distinta: la flexibilización e incluso desregulación efectuada por el Derecho Individual de Trabajo.

Si bien, en el nuevo sistema democrático ha habido modificaciones al Derecho del Trabajo, estas han sido insuficientes para modificar el modelo normativo instaurado por el Plan Laboral, aunque en el orden de las relaciones colectivas ha disminuido el nivel de intervencionismo estatal.

Y ciertamente el legislador chileno tenía otras muchas opciones, tal como muestra la experiencia y la práctica de los sistemas comparados.

Que el Estado deba intervenir en las relaciones colectivas de trabajo, a través de este instrumento que es la ley, no ha sido pacífico entre los mismos destinatarios de la regulación. Así lo plantean algunas posiciones de la ideología pluralista, también algunos sectores del sindicalismo y además las posiciones anarquistas⁷. Y ello ha sucedido en un sistema cercano al nuestro y que es el de Uruguay.

Más pacífica ha sido la aceptación de la intervención de la ley, referida principalmente al rol que cumple la ley en: Desde permitir la existencia de los diversos institutos del Derecho Sindical, derogando a tal efecto las prohibiciones que recaían sobre los mismos tal como se plantea en una primera etapa respecto de los sindicatos, la negociación colectiva o la huelga, o regular estas instituciones a fin de alcanzar diversos fines de carácter sociopolíticos tal como es en muchos de nuestros países latinoamericanos hasta el establecimiento de una 'legislación promocional', tal como ha ocurrido en diversos sistemas de relaciones laborales. Es decir, "poner a disposición de los sujetos colectivos (...), particularmente de los sindicatos, una serie de prerrogativas que tiendan a hacer efectivas y reales la libertad e igualdad entre los grupos sociales"⁸, distinguiendo entre estas medidas, la promoción de los sujetos colectivos, el derecho de huelga, la negociación colectiva, el derecho sindical a obtener información y del arbitraje voluntario para la resolución de los conflictos colectivos⁹. Así ha sucedido, en otros ordenamientos jurídi-

⁷ Valdes Dal Ré, F., "Ideologías pluralistas y relaciones laborales", en «Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social», Ed. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, Madrid, pp 26 ss.

⁸ Ibid, pp 39.

⁹ Ojeda Aviles, A. «La legislación promocional en España», Revista de Política Social, N°125, 1980. pp 22 y ss.

cos, como es a vía de ejemplo, la Ley Wagner de Estados Unidos, de 1935, el Estatuto de los Trabajadores de Italia, de 1970, y el Estatuto de los Trabajadores en España, de 1980.

Pero no ha sido éste el rol que ha tenido la legislación laboral en el sistema de relaciones laborales chileno. Sin lugar a dudas se puede afirmar que en las relaciones colectivas de trabajo la ley ha seguido el comportamiento general que tuvo en los demás países latinoamericanos hasta la década de los años setenta, es decir el de un fuerte intervencionismo, fijando límites a la autonomía colectiva; y ello a través de la regulación estricta de dos instituciones claves: el sindicato y la negociación colectiva.

En efecto, esta estricta regulación legal se manifiesta en toda la evolución del Derecho del trabajo en Chile, con un fin claro y preciso: la aceptación de la existencia de estos institutos pero limitados a estrictos márgenes que le impidan ocupar un rol relevante tanto en el sistema de regulación de las mismas relaciones de trabajo, como en la tutela de los de los derechos laborales.

3.2. Papel de la organización sindical.

De una parte, la acción laboral en el ámbito de las relaciones laborales se ha restringido históricamente en nuestro país al sindicato de empresa: lo que correspondía al sindicato industrial en el antiguo modelo normativo del C.T. de 1931 y al sindicato propiamente de empresa, en el actual. Ciertamente que este modelo definido en la empresa llama la atención de cualquier observador extranjero, en cuanto la base de constitución del sindicato sea la empresa y no una actividad económica o un determinado ámbito territorial, como sucede mayoritariamente en los sistemas comparados, salvo ciertamente en la gran empresa o algunas medianas, en cuanto por el poder real que en dichos ámbitos tiene la organización de trabajadores, se constituyen en ellas dichos sindicatos.

Sin embargo en nuestro sistema dicha estructura sindical ya es parte de nuestra cultura, como bien lo señalara un analista de la década del sesenta: ciertas "...prácticas, estructuras y moldes de conducta en el campo de las relaciones de trabajo en la actualidad chilena, que muy difícilmente podrían llegar a comprenderse..."¹⁰.

Por qué se impuso esta estructura sindical. Ciertamente es que a inicios del siglo 20 difícilmente se podía prever el efecto de esta propuesta en el sistema de relaciones industriales.

¹⁰ Morris, J. O. 'Tas elites, los intelectuales y el consenso / Estudio de la Cuestión Social y del sistema de Relaciones Industriales en Chile», INSORA, Departamento de Relaciones Industriales de la universidad de Chile, Ed. Del Pacífico, 1967, Santiago de Chile, pp 11. 6 Proyecto de Ley presentado en el año 1919.

No obstante, dichas propuestas sí estaban definidas ideológicamente y perseguían objetivos específicos. Por una parte, la del Partido Conservador que restringía la actuación sindical a la empresa, establecía la afiliación obligatoria y, además, planteaba la conciliación obligatoria en los conflictos colectivos por medio de una comisión integrada mayoritariamente por empresarios¹¹. Por la otra, la de Alianza Liberal, en la cual era fuerza política principal el Partido Liberal Doctrinario, que planteaba el sindicato profesional, por tanto fuera de la empresa, la afiliación voluntaria y, además, la conciliación también voluntaria. Al dictarse las Leyes Sociales en septiembre de 1924, se fundieron los dos proyectos, con todas las contradicciones que ello planteaba. Ciertamente que en el sistema de relaciones laborales sustentado por dicho modelo resultó privilegiado el sindicato industrial, principalmente por la afiliación obligatoria que entonces planteaba.

Si bien este modelo normativo tuvo modificaciones en esta materia, éstas tuvieron un alcance específico: sólo fueron referidas a determinados sectores económicos y, además, tuvieron una escasa vigencia en el tiempo. Esta fue desde luego el caso de la Ley de Sindicación Campesina, Ley 16.625 de 1966¹², cuyas orientaciones básicas fueron las otorgadas por el principio de Libertad Sindical, planteó la libertad de afiliación, asimismo que la base de constitución del sindicato era la comuna (división territorial de carácter administrativo) o un espacio territorial más extenso, excluyendo de esta manera la sujeción del sindicato a la empresa o, en este caso, al predio agrícola; asimismo, el nivel de negociación colectiva se definía por el sindicato.

La supresión del modelo normativo del Código del Trabajo de 1931 se realizó a través del Plan Laboral, que constituye el modelo normativo impuesto durante el régimen militar. Esta nueva regulación estableció una organización sindical que tiene como base la empresa, pudiendo, además, constituirse múltiples sindicatos en dicha unidad. A la vez, limitó la acción sindical a dicho ámbito y prohibió muchas de las acciones que se desarrollarán fuera de este nivel.

Si bien las reformas laborales planteadas durante los gobiernos de las Concertación han eliminado muchas de las restricciones y prohibiciones mantienen como organización sindical privilegiada el sindicato de empresa, en cuanto este es el único que puede nego-

¹¹ Proyecto de Ley presentado en el año 1919.

¹² Ciertamente que la Ley de Sindicación Campesina N° 16.625 se inserta en un proceso de mayor envergadura que el de la modificación del sistema de relaciones laborales y éste fue el de la reforma agraria chilena, que quiebra el orden agrario tradicional que se había mantenido hasta entonces. Así, bajo la vigencia de la Ley de Reforma Agraria (Ley 16.640) y de la Ley de Sindicación Campesina, ambas de 1966, la estructura de la tierra se ve profundamente modificada y surgen organizaciones campesinas de cooperación económica y de carácter reivindicativo.

ciar colectivamente, imponiendo a la contraparte el deber de negociar.

De esta manera, durante el período el nivel de sindicalización se ha mantenido bajo y, además, el sindicato mayoritario dentro del sistema es el sindicato de empresa.

Y ciertamente, el sindicato de empresa no es el que permite el crecimiento y la potenciación del movimiento sindical. Si observamos la experiencia de los sistemas comparados, sobretudo los que muestran un fuerte sindicalismo¹³, concluimos que el sindicato de empresa es minoritario y casi marginal: sólo se desarrolla en la gran empresa y, a veces, también el mediana. Y ello no es casual, ya que por el número de trabajadores el sindicato sí puede tener poder. El sindicalismo es fuerte cuando tiene una base de constitución mayor: ya sea la actividad, el territorio u otro nivel, de acuerdo al sistema que se trate y que permita la potenciación del sindicato.

En Chile se mantiene el paradigma del sindicato de empresa impidiendo el crecimiento y fortalecimiento del sindicalismo. O, desde otra perspectiva, se mantiene dicha estructura sindical a fin de evitar cualquiera posibilidad de potenciación del mismo, que permita el cumplimiento de su rol intrínseco: la participación en de un sistema autónomo de relaciones laborales y la constitución del actor sindical como sujeto activo en la tutela de los derechos laborales.

3.3.- Rol de la negociación colectiva.

Por su parte, la autonomía colectiva ha sido históricamente limitada. Ya en el antiguo modelo normativo, se desarrolló prioritariamente en la mediana y gran empresa, en los sectores dinámicos de la economía: industrial y de la minería; precisamente donde se había implantado el sindicato industrial. Sin embargo tampoco hubo propuestas de modificación del modelo.

Pero ello no excluía la crítica al modelo de negociación colectiva. De hecho algunos estudiosos de las ciencias sociales del trabajo denunciaban el agotamiento del modelo normativo tal como lo había definido el C.T. de 1931¹⁴ y por tanto se requerían nuevos cauces de negociación colectiva. Sin embargo esta vía se planteaba, en mi opinión, de manera subalterna al instrumento principal de presión al sistema político.

¹³ Que continúan siendo los países de Europa y algunos de Latinoamérica.

¹⁴ En este sentido J. Barriá Serón «Las Relaciones Colectivas del Trabajo en Chile», INSORA, Instituto de Administración, Universidad de Chile, publicación N° 36, s/e. 1967, pp 84 y ss.

En mi opinión, el país carecía de un acuerdo mínimo sobre la necesidad de fortalecer la autonomía colectiva en las relaciones laborales, es decir potenciar a los actores sociales para que fueran estos los que fijaran las condiciones de trabajo en virtud de acuerdos aplicables a la gran mayoría de trabajadores y empresarios. Pareciera que la apuesta de entonces era el mantenimiento del sistema en el cual los actores sociales presionaban al sistema político para la conquista de los derechos sociales, lo que en dicho marco se ha denominado “la columna vertebral del sistema”¹⁵

Así, con las modificaciones introducidas en el último período de vigencia de dicho modelo, es decir entre 1964 y 1973, se presenta el fin de promoción del sujeto sindical: El problema que se plantea es el instrumento utilizado para el logro de éstos últimos objetivos: la intensificación de la intervención estatal, como es en las Comisiones Tripartitas, en la cual el Estado se configura como un tercer sujeto de las relaciones laborales. Pero esta vía hace depender la autonomía colectiva de la voluntad del Estado.

Así, después del golpe militar de 1973 se suspende de inmediato toda vía de negociación colectiva, incluida ciertamente, la de las comisiones tripartitas.

Y el nuevo modelo que se instaura a fines de la década del setenta, que es el del Plan Laboral restringió la negociación al ámbito de empresa sobre materias salariales y cuasi asistenciales, permitiendo la multiplicidad de negociaciones en una misma empresa, y prohibiendo, a la vez, una serie de actuaciones que estarían en contra del modelo, como es la imposibilidad de negociar aquellas materias que limitasen la facultad del empleador de administrar y dirigir la empresa.

Cabe recordar, por lo demás, que hasta entonces el Estado de Chile no había ratificado los Convenios de OIT sobre libertad sindical¹⁶. El régimen militar rechazó expresamente su ratificación, señalando a la OIT que «la legislación existente es la más adecuada en el marco de su sistema económico y social»¹⁷.

Si bien algunas de las prohibiciones impuestas por el Plan Laboral han sido suprimidas, a través de los procesos de reformas laborales, no podría considerarse en caso alguno

¹⁵ En este sentido, de M.A. Garretón, «Reconstruir la Política / Transición y Consolidación Democrática en Chile», Ed. Andante, Santiago de Chile, 1987, pp 64. Asimismo, del mismo autor, «El Proceso Político Chileno», Ed. FLACSO, Santiago de Chile, 1983.

¹⁶ No están claros los motivos que tuvo el Estado de Chile para no ratificar estos convenios, al menos durante la vigencia del sistema democrático anterior a 1973 y se percibe que no existió gran preocupación por esta materia.

¹⁷ Así lo informa la OIT en una memoria sobre la no ratificación de los convenios sobre libertad sindical, «Libertad Sindical y Negociación Colectiva», OIT, 1983, pp 159 y ss.

que el modelo existente promueva la negociación colectiva. Se mantiene la negociación colectiva a nivel de empresa, en donde es posible la multiplicidad de negociaciones, los derechos que se establecen para la parte laboral sólo proceden si se sujetan a un rígido procedimiento y, además, se limitan las materias susceptibles de negociación. De esta manera, podría estimarse que dicha normativa violenta derechos de la libertad sindical, en cuanto también excluye diversas categorías de trabajadores del derecho de negociación; en circunstancias que el Estado de Chile ratificó los Convenios de OIT sobre Libertad Sindical el pasado año 1998.

4. La descentralización productiva y sus efectos en las relaciones laborales.

La descentralización productiva se plantea principalmente por las nuevas formas de organización de las empresas: de una parte la empresa se reorganiza en entidades jurídicas más pequeñas, manteniendo en todo caso una dirección común, de la otra, se plantea una “tercerización” de las actividades tanto principales como accesorias de las mismas empresas, en cuanto éstas son contratadas o subcontratadas, o son realizadas por empresas de trabajo temporal o por trabajo a domicilio.

En la perspectiva de las relaciones individuales de trabajo, la descentralización productiva tiene incidencia directa. Por una parte, plantea una “evanescencia” de la persona del empleador, quien constituye una de las partes esenciales de dicha relación y, por consiguiente, sujeto de los derechos y obligaciones de la relación jurídico laboral. En este sentido, la descentralización productiva ha planteado una pérdida o, a la menos, una difusión de la persona del empleador o una escisión del mismo. Por otra parte, porque tiene consecuencias en la definición de la empresa, que configura el marco de la relación individual del trabajo; así, el Derecho del trabajo ha considerado la empresa como centro de imputación normativa según la dimensión que ésta tenga y, además, ha definido un régimen jurídico especial para el cambio de titularidad de la misma.

En la dimensión de las relaciones colectivas, el impacto de la descentralización productiva de los sistemas comparados no ha tenido igual relevancia, porque normalmente el marco de la relación colectiva supera el ámbito de la empresa; aunque sí ha tenido concretos efectos en aquellos supuestos de coincidencia con dicho ámbito empresarial. En cambio, sí afecta directamente al sistema chileno, debido, principalmente, al modelo normativo de relaciones de trabajo que hoy rige y que concentra las relaciones colectivas de trabajo al ámbito de la empresa, tal como se ha señalado.

Así, la falta de aplicación del Derecho del Trabajo, en parte o en gran medida pues dependerá del concreto sistema de relaciones laborales y de su respectivo ordenamiento

jurídico está en su configuración inicial: su supuesto normativo ha sido por siempre el de la empresa, y entendida ésta en su sentido más tradicional; y, como se ha señalado, este supuesto se ha modificado: la empresa, el empleador, la categoría de trabajador y la organización y la acción colectiva.

Desde la perspectiva jurídica se plantean tres antecedentes que permiten explicar en parte algunos de los actuales desafíos del Derecho del Trabajo en la perspectiva indicada:

- (a) Esta disciplina jurídica ha sido construida sobre una noción de empresa tradicional u originaria, la que talvez nunca ha existido: que entre otros elementos plantea la dirección por parte de una persona natural o a lo más una persona jurídica simple; además esta dirección cubriría el entero proceso productivo empleando la totalidad de trabajadores requeridos para estos efectos.
- (b) La ley laboral define la idea de empresa, y la interpretación mayoritaria hasta ahora es identificarla con la entidad que la dirige, normalmente una sociedad, gran error pues la empresa, es ante todo una entidad económica, y además está integrada por diversos elementos, entre ellos la dirección de la misma.
- (c) Como ya se ha visto, el modelo normativo limita el ejercicio de los derechos colectivos al ámbito de la empresa, por lo que en definitivas cuentas a un ámbito inexistente.

Así en el supuesto del grupo de sociedades, o grupo de empresas, colectivas al definir el ámbito de la empresa en referencia a un sujeto jurídico (la sociedad) y no el de la entidad económica real se obtiene como ámbito de ejercicio de los derechos colectivos un nivel inexistente y, por consiguiente, quita toda vigencia a los derechos colectivos del trabajo, como son el de sindicación y el de negociación colectiva.

Asimismo, en el supuesto de externalización de la actividad laboral, la regulación del Derecho del Trabajo pasa a ser inaplicable o plantea una limitada aplicación, con la consecuente falta de vigencia de los derechos laborales, tanto individuales como colectivos. Y, sin embargo, el antecedente que ha tenido históricamente a la vista el Derecho del Trabajo permanece inalterable: se trata de relaciones de trabajo dependiente en la que una de las partes tienen escasa capacidad negociadora¹⁸.

¹⁸ Aunque en esta materia recientemente se ha aprobado un Proyecto de Ley, en el cual, además, se define la empresa sin identificarla con la dirección de la misma.

En esta materia, el Poder Legislativo ha aprobado recientemente un Proyecto de Ley sobre Subcontratación y Suministro de Trabajo, en los que, precisamente, se pretende proteger la vigencia de los derechos laborales, pero los referidos sólo al ámbito de las relaciones individuales de trabajo.

5. La escasa eficacia de las normas laborales y el rol atribuido a la Dirección del Trabajo.

Un antecedente a veces olvidado es el de la escasa eficacia de las normas que comprende el Derecho del Trabajo, y con ello me refiero tanto a las normas legales en su sentido amplio, considerando al efecto los derechos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales y en las leyes en general, como los derechos de origen convencional, es decir los establecidos en los instrumentos colectivos, aunque en nuestro país tiene una escasa cobertura tanto objetiva como subjetiva.

Y la escasa eficacia de las normas laborales se plantea por un alto nivel de incumplimiento de las mismas.

¿Por qué, existe este nivel de incumplimiento de las normas laborales? Desde luego que existen diversas causas, y para analizarlas deber distinguirse entre los distintos sectores económicos, actividad de que se trata y tamaño de las empresas. En atención a estos criterios deberán verificarse los tipos de incumplimiento a las normas laborales y las causas de las mismas. Pero sin duda hay un factor presente y que pesa en el resultado final, y este es el de la falta de organizaciones sindicales que tutelen el cumplimiento de las normas laborales,

El problema de incumplimiento de las normas laborales constituye una preocupación constante desde los orígenes del Derecho del Trabajo, y en la actualidad plantea aun más peculiaridades la escasa eficacia de las normas que establecen derechos laborales de carácter individual.

Frente a un incumplimiento laboral es el trabajador el primer llamado a exigir el respeto a sus derechos laborales, pero, ciertamente, en la mayoría de las ocasiones no esté en una situación que le permita actuar: el reclamo directo puede costarle la terminación del contrato de trabajo u otro perjuicio laboral, lo mismo que la demanda ante los órganos jurisdiccionales, es decir los tribunales de justicia. Es decir, no tiene garantizada la indemnidad por ejercer el derecho de accionar judicialmente.

Y es el sujeto colectivo, es decir, el sindicato, quien deba velar por el cumplimiento de las normas laborales y que representa, además, los intereses de los trabajadores. El

problema que se nos plantea en nuestro sistema de relaciones laborales es que en pocas empresas existe sindicato o representación sindical, o, en el evento de que exista, en ocasiones es un actor débil en el cumplimiento de esta función de representación.

Por consiguiente es a las Inspecciones del Trabajo a quienes les corresponda la función de velar por el cumplimiento de las normas laborales, aunque su actuación sea limitada pues normalmente se plantea con posterioridad al incumplimiento de la norma laboral.

Puede llamar la atención al observador extranjero la dimensión que tienen en Chile las entidades de la administración laboral, además de algunas de sus facultades. Pero ello es consecuencia de las limitaciones del actor sindical, para cumplir los objetivos naturales al mismo. Mientras éste no exista deberán mantenerse, en mi opinión, las diversas facultades Dirección del Trabajo con sus entidades fiscalizadoras que son las Inspecciones a fin de promover el cumplimiento de las normas laborales mínimas.

6. La instauración de una judicatura laboral que cumpla con el rol de tutelar eficazmente los derechos laborales.

Debe recordarse que en la década del ochenta, durante el régimen militar, fue suprimida la judicatura laboral especializada y si bien posteriormente fue restablecida en parte, esta se ha mostrado insuficiente para cumplir los objetivos de un sistema judicial: dar tutela efectiva. Ya sea por número escaso tribunales del trabajo sea por ser estos inexistentes y ser conocidas las causas por tribunales comunes.

Pero esta judicatura para cumplir el objetivo de otorgar tutela efectiva debe cumplir algunas exigencias además de la especialidad, como son entre otros, la naturaleza y alcance de los derechos reclamados, en cuanto las distintas categorías demandan o pueden demandar un tratamiento distinto, ya sea un procedimiento especial por los requerimientos de celeridad a fin de que la pretensión alcance su objetivo o específicos cambios en el procedimiento en razón del derecho reclamado, como puede ser el cambio de la carga de la prueba.

Al efecto, es posible distinguir tres categorías de derechos laborales: los derechos de carácter fundamental, los derechos colectivos y los derechos individuales.

Respecto del contenido de la especialización se requiere:

- (a) Tribunales del Trabajo en todo el país, y en número suficiente para solucionar los conflictos jurídicos laborales. Ciertamente que esta especialidad debería reiterarse en

las Cortes de Apelaciones y en la Corte Suprema, tal como ha sucedido con este último Tribunal en los últimos años, a propósito de los pronunciamientos en recurso de casación, en cuanto se percibe una tendencia de unificación de doctrinas jurisprudenciales por los recientes fallos emanados de la Sala Cuarta de la Corte Suprema. Ciertamente este efecto, logra uno de los objetivos más preciados del Derecho, que es el de la Seguridad Jurídica.

- (b) Una necesaria especialización por parte de los operadores del sistema.
- (c) Un procedimiento especial¹⁹. Entre otras medidas, la apreciación discrecional al sano arbitrio*del juzgador de la prueba rendida, La justicia de avenimiento o conciliación, el abandono de las formalidades, la celeridad y eficacia del procedimiento de ejecución de las sentencias y la economía en los gastos de tramitación.
- (d) La necesaria asesoría a los trabajadores, a fin de que tengan un real acceso a la justicia.
- (e) Finalmente, quiero llamar la atención con la especificidad de las acciones según sea el derecho reclamado. La relevancia de todos plantea la especialidad de la justicia laboral. La particularidad de las distintas categorías exige el reconocimiento de especiales acciones judiciales a fin de que su tutela alcance el objetivo de su protección.

Si bien este desafío ha sido enfrentado, en cuanto el Ejecutivo envió al Congreso Nacional, en el mes de agosto del año 2004, los respectivos Proyectos de Ley para instaurar un sistema especial de judicatura y que incluye especiales procedimientos. Estos proyectos dieron lugar a los tres textos legales que instauran una nuevo sistema de justicia del trabajo: Ley 20.022, de 2005, sobre nuevos tribunales de trabajo y de cobranza laboral y provisional; Ley 20.023, de 2005, sobre procedimiento de cobranza provisional y Ley 20.087, de 2005, sobre nuevo procedimiento laboral.

7. Las demandas de flexibilidad actualmente vigentes.

En efecto, desde hace algún tiempo se han intensificado las demandas empresariales sobre mayores dosis de flexibilidad laboral; demandas que por lo demás han sido respaldadas por sectores de la derecha política.

¹⁹ Así la doctrina laboralista ha reclamado: Un procedimiento rápido. Preferencia a la oralidad sobre la escritura. Propender a la concentración de los trámites. Facultar al juez para proceder de oficio en cuanto sea posible. Limitar la impugnabilidad de las resoluciones que se dicten durante la substantación del juicio. Disminuir el número de testigos que puedan deponer por cada punto de prueba. Exigir apelación fundada contra la sentencia definitiva. Acortar los plazos. Suprimir trámites que no sean de estricta necesidad. En general otorgando a los jueces mayores facultades en la dirección y marcha de los juicios.

Se me plantean dos grandes interrogantes respecto de esta demanda:Cuál es su ámbito y cuál es el mecanismo de flexibilidad que se propone.

Respecto de la primera pregunta, relativa al ámbito a flexibilizar, éste no es claro y en muchos casos se propone respecto de la legislación en general, o en particular en relación a las modificaciones efectuadas por la segunda reforma laboral, la que supuestamente habría sido la causa directa de los aumentos en las tasas de desempleo.

En mi opinión el modelo ya es bastante desregulado en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, ya sea en relación a varios de los sistemas de relaciones laborales de nuestro entorno y a muchos de los sistemas de países con los que se han celebrado acuerdos comerciales en los últimos años. De otra parte, culpar a la segunda reforma laboral del aumento de las tasas de desempleo o a la legislación laboral en general, me parece un ejercicio no fundamentado, tal como se sostiene respecto de los procesos desreguladores en América Latina en la década de los noventa, en los cuales no se observan como efecto de los mismos disminución en las tasas de desempleo.

No obstante no se puede rechazar que existen instituciones jurídico laborales que sí mantienen altas dosis de rigidez, como es la jornada de trabajo, y que impide el establecimiento de jornadas flexibles, toda vez que la jornada "... viene determinada por la generalizada obligación de los trabajadores de atender a la prestación de su trabajo dentro de módulos temporales predeterminados e invariables". De esta manera no consulta las diversas exigencias en los tiempos de trabajo en los diversos periodos, tal como se requiere en algunas actividades económicas, principalmente del sector productivo.

Respecto de la segunda pregunta, hasta ahora no se ha señalado que es la flexibilidad. Pero se ha entendido por la simple y dura desregulación por parte de la ley, para entregar nuevamente estas facultades a la decisión unilateral del empleador. Y eso, como es sabido, no es flexibilidad, eso es desregulación.

Precisamente, muchos países con sistemas de relaciones laborales con los cuales Chile ha celebrado acuerdos comerciales han efectuado una apuesta por la flexibilidad a fin de disminuir los niveles de rigidez, y esto lo han hecho entregando las facultades reguladoras a la autonomía colectiva; es decir, las respectivas organizaciones de empresarios y de trabajadores establecen la nueva regulación más acorde a su realidad y en caso de que no se logre dicho acuerdo se mantiene la norma legal, la que tiene, en definitivas cuentas, un carácter supletorio.

Pero como se logra este mecanismo flexibilizador en nuestro sistema en el que precisamente el mismo modelo ha negado espacio a la autonomía colectiva? La otra alterna-

tiva es desregulación.

8. En definitivas cuentas

En mi opinión son varios los desafíos que se plantean. Pero, sobretodo, una sociedad democrática y pluralista requiere, entre otras muchos, organizaciones sindicales fuertes, que puedan cumplir sus objetivos, entre otros, el de representar eficazmente los intereses y derechos de los trabajadores, como es la negociación colectiva y también el ejercicio de flexibilizar algunas normas legales.

Por tanto, la ley debería promover estas organizaciones y, asimismo, promover la autonomía colectiva²⁰. En definitiva, se requiere que uno de los instrumentos jurídicos privilegiado como es la ley, pueda cumplir un nuevo rol en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, y este es el de constituirse en una legislación promocional del sujeto sindical. Y ciertamente, existe una multiplicidad de instrumentos jurídicos de carácter promocional, basta ver diversas experiencias comparadas.

²⁰ Aunque esta es una obligación que emana directamente del Convenio n. 98 de la OIT, recientemente ratificado por el Estado de Chile.