

El modelo chileno de exclusión de los derechos sindicales: Crítica a las normas de negociación colectiva^{*}

Francisco J. Tapia Guerrero^{**}

Sumario

1. Claves del modelo sindical chileno; 2. El modelo sindical chileno; 3. Las formas de contratación como limitación al modelo sindical; 4. La fragmentación empresarial como limitación al modelo sindical; 5. La modificación al modo productivo como limitación al modelo sindical; 6. La negociación colectiva en el reciente debate para el trabajo y la equidad: una explicación política de la exclusión; 7. El modelo de exclusión desde los órganos de control de la OIT; 8. ¿Puede la sociedad democrática convivir con un modelo de exclusión?

1. Claves del modelo sindical chileno

La ruptura constitucional de 1973 es clave de lectura para entender el derecho sindical chileno. El golpe de estado de ese año modificó sustancialmente la práctica y normas de la organización y acción colectiva de los trabajadores. Desde 1924 con el reconocimiento legal y después constitucional de los derechos sindicales, se produjo un creciente proceso de democratización de la sociedad chilena que se extendió además a la participación de los trabajadores en la sociedad.¹ Conocidas son las restricciones que impuso la dictadura chilena a los derechos políticos y sociales. Una de las primeras medidas producido el golpe de estado consistió precisamente en la disolución de la central sindical que agrupaba a los sindicatos chilenos. A ello se agrega la persistente y sistemática violación de los derechos humanos, que afectó a parte importante de la población, bajo las distintas formas represivas que la dictadura utilizó. Sabida es también la intervención de amparo de la comunidad internacional - incluida la Organización Internacional del Trabajo - frente al cuadro de represión en contra de los ciudadanos y de sus organizaciones.²

Después de seis años de suspensión de los mecanismos de negociación colectiva y de huelga, la dictadura impuso un conjunto de leyes de derecho

^{*} Publicado en la Revista de Derecho Laboral, Montevideo, Uruguay. 2008, número 160.

^{**} Director del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ Tanto las normas constitucionales como legales quedaron sin aplicación y posteriormente fueron reemplazadas gradualmente las primeras en 1976 y 1980 y orgánicamente las segundas en 1979.

² Sobre la evolución del derecho sindical en Chile, nuestro Sindicatos en el Derecho Chileno del Trabajo. Lexis Nexis. Santiago, 2005. Ver también, Gamonal Contreras, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. Lexis Nexis. Santiago, 2002.

sindical que han constituido la matriz normativa de la organización sindical, de la negociación y del conflicto colectivo.³ Desde el inicio del proceso de transición a la democracia en 1990,⁴ se ha intentado la modificación de las normas de derecho sindical, lo que se ha hecho principalmente en lo relativo al sindicato en la ley de 2001, pero no en lo sustancial de la negociación colectiva y de la huelga.⁵

2. El modelo sindical chileno

La matriz del derecho sindical en sus normas y práctica radica la acción colectiva en la empresa, con un desplazamiento de la acción del Estado a la fiscalización limitada en la aplicación de las normas, sin que de otra parte intervenga en la generación de los pactos colectivos.⁶ En lo que dice relación a la organización sindical, se reconoce los sindicatos de empresa, interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales. También se reconoce a los sindicatos de trabajadores independientes. Aunque la ley 19.759/01 dispuso que los trabajadores pueden organizar bajo otras formas que aquellas expresamente establecidas en la ley⁷ - por oficio, por grupo de empresas u otros factores que definan sobre la base del interés colectivo - lo cierto es que ello no ha ocurrido.

Con la ratificación de los convenios básicos de libertad sindical y su ajuste en la ley con la modificación de 2001, se abrió sustancialmente la organización sindical. Sin embargo, existen a nuestro juicio diversas limitaciones que diseñan un modelo sindical de exclusión que se traduce en que amplios sectores de trabajadores quedan al margen en la aplicación de sus normas y en consecuencia, en el ejercicio de los derechos sindicales. Además de las limitaciones que impone la centralidad de la empresa en las normas aplicables al sindicato y a la acción colectiva, la evolución del sistema chileno de relaciones laborales⁸ contribuye a la exclusión en el

³ En julio de 1979 se dictaron los decretos leyes 2755 a 2760 que modificaron el derecho sindical.

⁴ En 1991 recién iniciada la transición a la democracia, se aprobó la ley 29.069 que modificó algunos de los aspectos más controvertidos de las leyes de 1979 sin que se alterara la matriz ideológica contenido en éstas.

⁵ En conocimiento de las posibilidades de introducir modificaciones sustanciales a la negociación colectiva, el mensaje con que se inicia la tramitación parlamentaria deja abierto el tema para las negociaciones que se pudieren producir en esa instancia, lo que se redujo a algunas normas de la ley vigente.

⁶ Hasta 1973 por medio de las Comisiones Tripartitas, tenía una fuerte ingerencia en los acuerdos de actividad y a través del mecanismo de extensión de los convenios colectivos.

⁷ En concordancia con el artículo 2 del Convenio 87 en cuanto pueden constituir o afiliarse a las organizaciones que estimen conveniente.

⁸ En alguna legislación y literatura comparadas y con cierta desfachatez, en disciplinas no jurídicas, se suele hacer referencia al “mercado de trabajo”. Siguiendo a Mario Ackerman, “si son humanos, no son recursos”, podemos señalar que si se trata de las personas, no es posible hablar de mercado.

ejercicio de los derechos sindicales con las formas precarias de contratación y la fragmentación de la empresa y de la organización del modo productivo.

3. Las formas de contratación como limitación al modelo sindical

Es así como ha aumentado significativamente la contratación temporal a través de los contratos de plazo fijo y de obra, que importa exclusión desde la organización sindical y negociación colectiva, de acuerdo a la naturaleza de los mismos y a la eficacia personal limitada del contrato colectivo. Los trabajadores contratados a plazo fijo no tienen una perspectiva de afiliación al sindicato, dada la eficacia relativa de los contratos colectivos,⁹ pues además de encontrarse limitados en la duración de su relación contractual con la empresa, es posible que por su sólo interés, se produzca la renuencia a la renovación de su contrato, dado el clima de antisindicalidad que impera en muchas empresas. Asimismo, de la sola circunstancia de encontrarse temporalmente sujetos a la relación de empleo, es posible que perciban la inutilidad de quedar afectos a determinadas condiciones que se les aplicará en el tiempo limitado de la contratación. Distinto es el caso de los trabajadores contratados por obra, en que se aplica la norma de exclusión contenida en el artículo 305 del Código del Trabajo, que les exceptúa del derecho a la negociación colectiva reglada de las condiciones de empleo. Se trata de los trabajadores sujetos a la contratación de temporada o sujetos a una obra o faena transitoria. Lo propio ocurre con los trabajadores aprendices.

No es posible pensar que se trate tan sólo de la forma en la que se organiza espontáneamente la actividad productiva, sino que ello también es expresión de la política de derecho. Por decirlo de otras forma, no es que “el mercado” se ajuste naturalmente de acuerdo a las necesidades que la actividad le impondría, sino que también depende ello de las normas legales aplicables, puesto que las limitaciones a la contratación precaria son en la práctica inexistentes, desde que las condiciones para el contrato a plazo son extremadamente flexibles¹⁰ e inexistentes para el contrato de obra.¹¹ Las normas del derecho colectivo aportan a su vez a estas

⁹ Excepcionalmente los trabajadores que no han participado en las negociaciones de los contratos colectivos pueden acceder a éstos por la voluntad del empleador, a través del mecanismo de la extensión que queda radicado sólo en la potestad patronal.

¹⁰ El contrato a plazo fijo tiene una duración máxima de un año y de dos en ciertos casos y la segunda renovación o la existencia de dos o más contratos a plazo en un período de doce de un total de quince, importan su transformación en uno indefinido.

¹¹ No obstante, la jurisprudencia judicial ha hecho aplicación de las normas referidas al contrato de plazo fijo al momento de determinar si se aplican las normas de estabilidad en el empleo, principalmente a los

exclusiones sistémicas a través de la señalada eficacia relativa de los contratos colectivos.¹² Es evidente que en estos puntos se encuentran algunas de las claves de tensión entre el garantismo y la flexibilidad. Quienes propician una mayor flexibilización de las condiciones de empleo, a la vez que promueven una contratación sin limitaciones - que importa el gobierno sin contrapeso del empleo y la inexistencia de la estabilidad en el empleo – niegan toda posibilidad a la ampliación de la negociación colectiva y por cierto de las normas relativas a la eficacia del contrato colectivo, lo que cierra el círculo de disponibilidad de mano de obra a voluntad y en las condiciones que se imponen desde la contratación individual, a la vez que se disminuye la eventual sindicalización.

4. La fragmentación empresarial como limitación al modelo sindical

La legislación chilena define a la empresa sobre la base de ciertos elementos que la configurarían,¹³ juridificando una categoría que es esencialmente económica. Las primeras interpretaciones enfatizaron en su parte final en la que primarían los elementos formales de constitución, tales como su constitución, identidad tributaria y otros. La Corte Suprema ha establecido reiteradamente que la empresa debe definirse dependiendo de los elementos fácticos que concurren en cada caso, en que sea posible determinar de que se trata de una unidad económica y que por lo tanto hace que no obstante las cuestiones puramente formales, dos o más empresas constituyen una sola, afirmándose además en la primacía de la realidad.

Desde mediados de los años ochenta, las empresas públicas una vez que fueron privatizadas, se reestructuraron adoptando nuevas formas de organización bajo los llamados *holdings*, que no eran sino unidades de costo dirigidos hacia una parte o fragmento del negocio o giro social con el fin de optimizar su presencia en el mercado.¹⁴ Sin embargo, la reestructuración empresarial no sólo se ha producido en el ámbito de la gran empresa, de modo que el fenómeno es más extendido de lo que se supone. Ello conlleva a una fragmentación de los trabajadores en la organización sindical, pues tienden a la constitución de empresa (entendida

efectos indemnizatorios cuando se ha tratado de relaciones jurídicas que en el caso de tratarse de dichos contratos, habrían de considerarse como sujetas a un contrato de trabajo de duración indefinida.

¹² Las estadísticas obtenidas desde diversos servicios, dan cuenta del fuerte desplazamiento de la contratación hacia contratos de plazo fijo o de obra.

¹³ La letra c) del artículo tercero del Código del Trabajo le define sobre la base de la organización y jerarquía, los recursos y finalidades, e individualidad legal determinada.

¹⁴ Es el caso de las empresas de telecomunicaciones, de electricidad y otras; después le han seguido otras que expresan una forma de organización definida por sus objetivos de negocio.

en su sentido restringido) como de la negociación colectiva, atendido a que si bien el concepto amplio de empresa se ha expresado en las controversias relativas a los derechos individuales como en los casos de despido, no se ha expresado en lo relativo a los derechos colectivos. Por esto, los sindicatos negocian en cada unidad de costo y no con el grupo de empresas.¹⁵

Un debate que no se ha producido en Chile, pero que en algún momento habrá de darse es la fragmentación horizontal de las empresas de distinto giro o cuando ése es complementario.¹⁶ Es del caso que la concurrencia de elementos fácticos que dan cuenta de que se trata de una unidad económica o de complementación en los giros, dan cuenta de que se estaría en presencia de empresas que constituyen una sola, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema. Distinto es el caso de la fragmentación empresarial vertical, en la que no se produce a nuestro juicio la alteración de la unidad de la empresa, como en los casos de las empresas comerciales que distribuyen geográficamente sus establecimientos en distintos lugares de una ciudad, bajo distintas denominaciones pero que responden a una misma organización.¹⁷

5. La modificación al modo productivo como limitación al modelo sindical

La lógica de la decisión racional de la organización del modo productivo radica en la especialización, desde que no resulta exigible a la empresa la realización de actividades que no se encuentran dentro de su giro. Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que se adopta la contratación de servicios de terceros, es posible encontrar una lógica más económica que técnica, en que se decide un proyecto de negocio que permite obtener una disminución de los costos que se le traspasan al tercero, y éste a los trabajadores. Es lo que ocurre con la subcontratación que denominamos como impropia, por la que se externalizan determinadas obras y servicios. Es el tercero quien primero debe competir con otros en términos de precios, después, obtenido que ha sido el contrato, su ejecución de su cuenta y riesgo y, finalmente, determinado que queda por el precio pactado, el ajuste

¹⁵ Para que el sindicato interempresa pueda negociar con el grupo de empresas, se requiere que éstas expresen su conformidad. Es probablemente uno de los pocos casos en la legislación comparada en que el ejercicio de un derecho (colectivo) depende del sujeto pasivo.

¹⁶ En el primer caso, cuando la propiedad de las empresas residen en la misma mano, pero sus giros son muy diferentes, una empresa en la minería, otra de servicios y la tercera, un establecimiento educacional, sin que haya nexo alguno entre ellas. En el segundo, cuando se trata de un establecimiento de comercio y de un banco, en el que existe complementación fáctica entre ellas.

¹⁷ La Cámara de Diputados ha estado investigando el abuso de la razón social en función de la disminución de los derechos colectivos de los trabajadores en empresas del retail, detectando más de cien razones sociales en una de ellas.

de plantilla a los recursos con que contará o bien, el ajuste del valor del trabajo a éstos. Normalmente se trata de pequeñas o medianas empresas. La indeterminación de un salario de actividad permite de este modo que para la ejecución del contrato, el que se convenga estará más cerca del ingreso mínimo y dificultosamente podrá mediante la negociación colectiva modificarse sustancialmente el costo de la mano de obra. Las pequeñas y medianas empresas dependen de la gran empresa. También sus trabajadores. Existe entonces un traslado de las contradicciones entre los trabajadores y los dueños de los medios de producción a las nuevas formas productivas que quedan determinadas por las grandes empresas.

No extraña que ello conduzca a la conflictividad social, fundamentalmente a través de la organización de los trabajadores de subcontratistas. En los últimos años en el sector forestal y en la propia estatal del cobre, sus organizaciones han exigido la presencia en la mesa de negociaciones del dueño de la obra, empresa o servicio, para convenir condiciones de empleo, no sin antes la fuerte resistencia del sector patronal a hacerlo. No es menor la cuestión del conflicto en vista a la discriminación que se produce entre el trabajador permanente o de la plantilla de la que es la dueña de la obra, empresa o faena y el trabajador del contratista o del subcontratista. En muchos casos, se realizan las mismas labores,¹⁸ pero las diferencias salariales son expresivas; a su turno, los trabajadores de los contratistas o subcontratistas aparecen como candidatos al empleo en perjuicio del trabajador permanente o, en conformidad a la legislación chilena, a su reemplazo en el caso de huelga.¹⁹

No tan diferente es la situación de los trabajadores contratados bajo régimen de servicios transitorios o de suministro de mano de obra. Aunque una legislación reciente ha establecido el contrato de puesta a disposición y de trabajo de servicios transitorios, en rigor, las modificaciones legales no alcanzan al ejercicio de los derechos colectivos, de modo que la ley más bien se ha dirigido a formalizar un régimen de trabajo que aparecía gobernado desde el derecho común.

¹⁸ Si en esos casos se traba una relación de dependencia con la principal, de acuerdo a la ley se está bajo una subcontratación aparente. La dificultad está en que las organizaciones sindicales no accionan judicialmente y las fiscalizaciones de los servicios del trabajo, hasta la fecha, han sido declarados como ilegales y arbitrarios a través del recurso de protección, por estimarse que esa calificación debe hacerla un tribunal, con lo que se ha excedido de las funciones que la ley le reconoce.

¹⁹ La legislación permite la contratación de trabajadores en la huelga, cuando se cumplen ciertas condiciones en la última oferta del empleador. Esto que vulnera la libertad sindical ha sido sancionado por recientes fallos de la Corte Suprema al cambiar su doctrina y restringir la norma sólo a las nuevas contrataciones, lo que ni impide que el trabajador utilice a aquellos que se encuentran trabajando, para hacer realizar las funciones de los huelguistas.

6. La negociación colectiva en el reciente debate para el trabajo y la equidad: una explicación política de la exclusión

Recientes hechos relativos precisamente a la exclusión de la negociación colectiva de trabajadores de contratistas, han repuesto el tema de los derechos sindicales en la primera línea de la discusión, principalmente por la denuncia de la Iglesia Católica sobre las condiciones de esos trabajadores y al proponer el Presidente de la Conferencia Episcopal un “salario ético”, la que fue rechazada desde algunos sectores de opinión invocándose razones económicas. Posteriormente la Presidenta de la República convocó a expertos y a representantes de distintas sensibilidades al Consejo Asesor Presidencial para el trabajo y la equidad,²⁰ que ha abordado diversos temas relativos al trabajo y a la pobreza²¹ y también la negociación colectiva y la institucionalidad laboral. En el funcionamiento de este consejo ha sido posible advertir tres líneas que cruzan transversalmente el arco político: una primera vinculada al neoliberalismo puro que rechaza toda ingerencia del Estado en las relaciones laborales con excepción de aquellas materias contributivas en políticas sociales aunque sin referencia alguna al aporte desde la sociedad por medio de una reforma tributaria; una segunda que si bien reconoce las desigualdades sociales, se ubica en perspectiva de defensa del modelo neoliberal impuesto aunque con correcciones a través de las políticas públicas y sin que ello altere el modelo capitalista. Una tercera sostenida desde posiciones que reconocen el rol del Estado y la vigencia de los derechos sociales, que promueven una mayor redistribución del ingreso. En lo referente a la negociación colectiva, las dos primeras líneas se orientan a la mantención de la matriz de la negociación colectiva impuesta en 1979; la tercera a modificaciones sustanciales, en concordancia además con las observaciones hechas desde la Comisión de Expertos en aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT.

No es difícil entender la oposición a modificar el modelo de negociación colectiva. Las ventajas que la ley de negociación colectiva otorga al empleador – y consecuentemente los desequilibrios negociales que produce respecto de los trabajadores – constituyen la razón profunda de la defensa del modelo, la que si bien se argumenta sobre bases supuestamente económicas como la circunstancia de que la negociación debe corresponder

²⁰ Está compuesto por cuarenta y ocho personas que han dividido su trabajo en diversas comisiones. La integración es mayoritariamente de personas ligadas a la economía. Han sido convocados también abogados especialistas en derecho del trabajo, sociólogos y participan además dos sacerdotes. Una de las comisiones se ha abocado a la negociación colectiva e institucionalidad.

²¹ El debate en aquellos referidos a la pobreza, se ha proyectado a diversas medidas de política pública, entre las que no aparecen como hubiere sido deseable, las propuestas relativas a uno de los temas de mayor urgencia de la sociedad chilena, esto es, la reforma tributaria pendiente como alternativa de superación de las desigualdades en la distribución de los ingresos.

a la productividad o que debe radicar en la empresa como consecuencia de ello, lo cierto es que existe un objetivo político de no alterar la distribución del poder social y el ciclo del proceso de acumulación capitalista manteniendo los equilibrios económicos, manteniéndose en consecuencia el estado de cosas que lleva claramente a relaciones y estructuras de dominación. De este modo, el gobierno del sistema de relaciones laborales funciona bajo la lógica de acumulación sin contrapartidas desde la contratación de los trabajadores bajo condiciones de precariedad y disponibilidad de la mano de obra, sin que aparezca el sujeto colectivo que pueda alterar significativamente su funcionamiento. Esta defensa no es exclusiva de los sectores de los grandes empresarios. Es también la lógica de la administración del modelo. De ahí que no resulte extraña la coincidencia de las líneas generales que se han planteado en dicho consejo por los grupos que se resisten a una modificación profunda de la negociación colectiva, pues en términos de la opción entre el modelo o los derechos sociales, claramente aunque con algunos matices, se plantean por el modelo. Sin duda que cabe entonces preguntarse cuáles son los límites a un modelo que aumenta la concentración del poder social y económico. Es posible que la respuesta social haya quedado esbozada en las primeras formas de organización de los trabajadores que sienten de alguna forma con mayor rigor la exclusión.

7. El modelo de exclusión desde los órganos de control de la OIT

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha observado la legislación de negociación colectiva en diversas materias,²² desde aquellas más generales en términos de la legislación represiva contenida en la Ley 12.927 sobre seguridad interior del Estado que sanciona penalmente las acciones que por medio de la paralización o interrupción de actividades, provoquen alteración al orden público o daño a las actividades de las industrias vitales y las referidas al ejercicio de los derechos políticos y sindicales, como la norma contenida en el artículo 23 de la Constitución que establece la incompatibilidad entre la representación sindical y la actividad política, a aquellas otras específicas relativas al derecho de negociación colectiva, como el artículo 304 del Código del Trabajo en lo relativo a la prohibición de negociar a los trabajadores de las empresas dependientes del Ministerio de Defensa Nacional o que se vinculan con el Gobierno a través de este Ministerio; de aquellas empresas o instituciones financiadas directa o indirectamente por el Estado en más de un 50% en los últimos dos años calendario, o los

²² CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87) Chile, 2007

artículos 305 y 82 de ese código en cuanto excluyen de la negociación colectiva a los trabajadores afectos a contrato a aprendizaje o a los contratados para una obra o faena transitoria o de temporada.

También se ha observado en cuanto al sujeto colectivo, los artículos 314 bis, 315 y 320 del Código del Trabajo que facultan a los grupos espontáneos o esporádicos de trabajadores que se unen bajo la coalición para negociar colectivamente, pues ello sólo corresponde de acuerdo al principio de libertad sindical, en ausencia de las organizaciones sindicales. En esta materia se debe tener presente que si bien la legislación de 2001 limitó la negociación de los grupos de trabajadores en cuanto impuso formalidades que le confieren una característica de negociación efectiva – al menos formalmente al establecer diversas exigencias – en la práctica, la existencia de los grupos de trabajadores llevan a que por esa vía se tienda a impedir la formación del sindicato, desde que se promueven negociaciones – reales o aparentes – que sustituyen a la organización permanente. Entre otras de las particularidades del modelo de negociación colectiva vigente, se encuentra la de la previa exigencia del acuerdo de partes para negociar, cuando se trata de los sindicatos interempresa, lo que ciertamente ha sido objeto de reproche de parte de la Comisión.

En cuanto a la huelga, se ha observado los artículos 372 y siguientes del Código del Trabajo que disponen que debe acordarse por la mayoría absoluta de los trabajadores de la respectiva empresa y si no se hace efectiva dentro de tercero día de votada. También se impugna el artículo 379 que dispone la votación de censura de la comisión negociadora de los trabajadores.

Es norma especialmente resistida por los trabajadores la contenida en el artículo 381 del código que establece el reemplazo de trabajadores en huelga cuando el empleador cumple ciertos requisitos en su última oferta.²³ Como ya se ha señalado, la Corte Suprema ha modificado la doctrina que reconocía la función y objetivo de la huelga y consecuentemente las limitaciones al reemplazo de trabajadores. Ha sostenido en un fallo reciente en el caso de reemplazo de trabajadores en huelga sin que se haya cumplido con los requisitos, que ello no ha podido constituir una práctica antisindical al haberse concluido el proceso con un acuerdo de modo que, así lo da a entender – no ha podido vulnerarse la libertad sindical desde que se cumplió con el objeto de la negociación. Ciertamente que como lo ha

²³ La Dirección del Trabajo ha fiscalizado el grado de cumplimiento de los requisitos que la ley establece para el reemplazo de trabajadores y concluido que en parte importante en que se procede a la sustitución de los trabajadores en huelga, sin que se haya cumplido con las exigencias que la ley impone al empleador.

establecido la propia Corte, los ilícitos en materia de libertad sindical de acuerdo a la propia ley, no quedan limitados a aquellos que la ley señala expresamente, de manera que en ese caso, habiéndose verificado el hecho del reemplazo con infracción al artículo 381, es evidente que ha debido sancionársele, pues resulta irrelevante el posterior acuerdo colectivo tanto por su sola ocurrencia, como porque es evidente que todo proceso culmina con el acuerdo o los medios alternativos que la ley establece para la solución del conflicto colectivo, y en ese caso, es posible que precisamente la ocurrencia del ilícito haya forzado el acuerdo al disminuir las posibilidades de presión de los trabajadores en huelga.

Otras normas relativas a la huelga y que han sido observadas dicen relación con su prohibición cuando se trata de actividades e instituciones que afecten a la seguridad nacional, a la salud y abastecimiento de la población o que causen perturbaciones al funcionamiento de la economía o afecten a los servicios esenciales,²⁴ como a la facultad del Presidente de la República para decretar la reanudación de faenas en los casos en que a priori ella no ha estado vedada pero que ejercida que ha sido, pueda llevar a algunas de esas situaciones.

No extraña que la opción de la política de derecho impuesta en materia de conflicto colectivo pase más por la represión o la prohibición, antes que por definiciones democráticas en el ejercicio de los derechos de las personas. Es así como la ley no establece una definición de servicios esenciales ni parece que el legislador les haya considerado seriamente, desde que establece un catálogo de situaciones relativas a la exclusión a la huelga que exceden con mucho, dicho concepto, al menos como ha sido entendido desde la doctrina de la libertad sindical. Es posible que las tendencias de constitucionalización del derecho del trabajo, especialmente con la expresa referencia legal a los derechos fundamentales,²⁵ lleven a un debate sustantivo del ejercicio de los derechos fundamentales, enfrentados a otros también de rango constitucional, como es el caso del derecho de huelga.²⁶

²⁴ Es la norma constitucional del numeral 16 del artículo 19 que establece la prohibición que desarrolla el artículo 384 del Código y que dispone la resolución triministerial anual que establece la nómina de empresas en las que no pueden declarar los trabajadores la huelga, con lo que se llega al arbitraje obligatorio en los casos en que no se produzca el acuerdo de las partes.

²⁵ Desde la jerarquía normativa, resulta extraño que una norma legal disponga que deben respetarse los derechos constitucionales de los trabajadores enfrentados al ejercicio del poder de dirección del empleador. Sin embargo, debe ello insertarse en el proceso de constitucionalización del derecho no solo sustantivamente, sin también desde la efectiva vigencia del mismo a través de la acción de tutela de los derechos fundamentales contenida en la ley 20.087 que estableció un procedimiento de amparo ante la judicatura del trabajo.

²⁶ No es un tema pacífico el relativo al derecho constitucional de huelga. Es posible advertir desde los debates de la comisión instaurada durante la dictadura para elaborar la Constitución Política de 1980 que entre los convocados existían diferencias que en alguna forma también se proyectan en la doctrina nacional.

8. ¿Puede la sociedad democrática convivir con un modelo de exclusión?

Han existido importantes avances desde el inicio de la transición a la democracia en 1990; sin embargo, se mantienen ciertos enclaves políticos que dificultan mayores transformaciones que la sociedad democrática exige. Uno de ellos es la exclusión política, a través del sistema binominal que de una parte asegura una paridad entre las principales fuerzas políticas desplazando otras a la marginalidad del sistema político y de paso, limitando el debate relativo a los cambios y favoreciendo además, las defensas del estado de cosas que no admite aquellas transformaciones que alteren entre otras, el problema de la distribución del poder social y de la riqueza. El tema de las modificaciones a la negociación colectiva es ciertamente un problema técnico, pero fundamentalmente político. De otra parte, aún cuando se ha promovido la organización de los trabajadores, su acción política es limitada, en parte por la insuficiente afiliación sindical, en parte por las condiciones en las que se deben desenvolver. Es clave en ello la ausencia de pluralismo en los medios de comunicación social.

Las acciones de los trabajadores que sienten con mayor fuerza la exclusión, si bien ha provocado la reacción de determinados sectores, no ha incidido todavía en el aparato productivo, pues sus efectos han sido limitados o locales. La conciencia de organización que surge de estos sectores, no se ha desplazado a otros, que por diversas razones, permanecen al margen del sujeto colectivo. Sin embargo, el punto excede de las condiciones en las que se desenvuelven los trabajadores y se plantea en el centro mismo de la sociedad democrática. ¿Pueden convivir democracia y exclusión? Sin duda que esto plantea una cuestión adicional, cual es que para que exista paz social, deben darse los elementos que permita reconocer a los miembros de la sociedad como parte de ella. El modelo de exclusión segmenta y cuestiona las formas de organización e instituciones que han de responder a una sociedad democrática.