

## EL REALISMO EN EL DECRETO LEY 2200 DE 1978

J. BERNARDO ELGUETA NAVARRO  
Universidad Católica de Valparaíso

Uno de los primeros conceptos que recibe el alumno de Derecho cuando enfrenta sus estudios introductorios a la Ciencia Jurídica es la distinción, entre las fuentes materiales y formales del Derecho. Se le señala que las primeras están constituidas por un conjunto de elementos, incluso extrajurídicos que condicionan la norma que se va a dictar, mientras que las fuentes formales son las diversas formas que adopta el ordenamiento dictado.

El mundo fáctico enfrenta al Derecho y le presenta elementos políticos, sociales, religiosos, tecnológicos, culturales, históricos, planteándole el reto de hacer una norma que habrá de regir entre los miembros de la sociedad.

Todo reto exige una respuesta, la que si es inadecuada llevará indefectiblemente a la derrota del retado. En el campo de lo jurídico consistirá en la falta de aplicación, en el olvido de la norma, en que se le catalogue de letra muerta o en que se produzca una reactividad negativa en el cuerpo social.

Si la respuesta en cambio es adecuada, si se reconoce la existencia de estos factores, se les pondera debidamente y se les brinda un adecuado tratamiento, la norma positiva será eficaz y ello representará el triunfo del legislador que tendrá la satisfacción de haber cumplido cabalmente su misión.

El sistema jurídico, por tanto como condición de su eficacia deberá ser realista, deberá tomar en consideración factores de hecho que se dan en el seno de la sociedad y que serán los condicionantes de su eficacia. Entre tales fac-

tores nos encontramos con la edad del individuo, su sexo, sus especiales capacidades, los elementos que aporta el mundo y la civilización que lo rodea, la economía, la tecnología, la idiosincrasia social, el clima en que vive, etc.

Este requerimiento de ser realista no admite excepciones. Todo el sistema jurídico de un Estado debe ser realista como condición de su eficacia, ya que si no lo es, será superado por la realidad.

Donde este requisito alcanza su mayor importancia es sin duda en el Derecho Laboral uno de cuyos elementos distintivos es el ser esencialmente humano, ser un derecho que se vive y se sufre y que de una u otra manera, por vía directa o indirecta, tiene ingerencia en la vida de todos los miembros de la sociedad. Si se pone en duda la efectividad de esta última afirmación, recuérdese que la huelga, una institución o fenómeno propio de nuestra Rama del Derecho, puede afectar no sólo a los trabajadores y empleados comprometidos en el conflicto, sino que repercutirá en el abastecimiento, en los precios y tarifas, lo que consiguientemente afectará a todos los consumidores, vale decir, a la Sociedad.

El Derecho Laboral actual es realista desde sus inicios. Surge como una reacción frente a una realidad, la inhumana condición en que se desarrollaban las relaciones de trabajo como consecuencia de la aplicación de los principios del liberalismo a las relaciones obrero-patronales.

Durante el transcurso del siglo XIX asistimos a la aparición, tímida en principio, de normas especiales que buscan dar tratamiento y solución jurídica a los gravísimos problemas que eran la consecuencia de la actitud abstencionista adoptada por la autoridad frente a las relaciones de trabajo lo que se tradujo la plena aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, que habían transformado el contrato de trabajo en una verdadera compraventa, en realización, de fuerza humana.

El trabajador que se agrupaba frente a la manufactura esperando ser contratado era en aquella época un hiposuficiente, como tan gráficamente lo señala la expresión acuña-

da por el profesor brasileño Dr. Cesarino Junior, era un ser humano que no tiene la capacidad para emprender solo una empresa, que no cuenta con una protección de parte de la autoridad, que comparte la cesantía causada por el cierre del taller artesanal, muerto con el sistema gremial y el avenimiento de la manufactura, junto con miles de otros cesantes que requieren trabajo, y, que, como el hambre es mala consejera, están dispuestos a aceptar las condiciones que el dueño de la manufacturera le quiera ofrecer, condiciones que, por aplicación de la Ley de la oferta y de la demanda, serán cada vez más bajas, lo que lo obligará primero a lanzar a su mujer al mercado, luego a sus hijos para finalmente ir a retirar niños de los asilos para emplearlos y procurarse de esta manera un mejoramiento de su situación.

Pero, es una realidad que estos nuevos contingentes que ingresan al mercado laboral no pueden sino desmejorar las condiciones del mismo ya que al aumentar la oferta de mano de obra las condiciones que ofrecerán los patrones serán más bajas.

Las primeras normas que surgen, por lo tanto, representan una reacción en contra de esa realidad de postración que sufre el trabajador y van a ser un intento de humanizar los aspectos más resaltantes de una relación que debiendo ser humana se había tornado deshumanizada.

El gran problema, por lo tanto, será en principio el del trabajo de los niños, cuya situación tan gráficamente describía Villerme en su famoso Informe al Instituto de Francia.

Luego serán otros los problemas que llamen la atención del legislador, serán otros los retos que enfrenta el Derecho; la jornada de trabajo es inhumana, de 14 a 16 e incluso 18 horas de labor, la que se entrará a reglamentar en las leyes francesas de 1848, luego se abordará el problema de la fijación de salarios mínimos, del establecimiento de los descansos, y así, poco a poco, y en los diferentes países se irá formando una reglamentación de la relación individual de trabajo, fenómeno que se extiende como una mancha de aceite sobre Europa.

Paralelamente a que los gobiernos van tratando de dar solución a los problemas más urgentes, que plantean las relaciones individuales de trabajo, advierten que en el plano de lo colectivo se dan fenómenos que requieren de un tratamiento jurídico. Los trabajadores han compensado la debilidad que les produce su situación económica desmejorada, por la fuerza que les proporciona actuar en forma colectiva han recordado el poder que les daba el gremio. Se han enfrentado en el plano de negociaciones rudimentarias con su empleador o patrono procurando que éste autolimita el poder que le brinda ser el propietario de la empresa dictando los reglamentos de taller y que otorgue beneficios que antiguamente estaban concedidos por los Estatutos Gremiales que los reglamentaban.

Por otra parte, en una actitud ilegal o a lo menos extralegal los trabajadores han constituido coaliciones que los agrupan y se responden a un esquema gremial primitivo y a veces proscrito y delictual.

Por estas razones absolutamente reales o fácticas, la autoridad se ve forzada a entrar a legislar y reconoce en principio y fomenta luego las organizaciones de trabajadores y comienza a diseñar los mecanismos que permiten una efectiva negociación entre los integrantes de la relación pasando por esta vía a una autogeneración del Derecho Laboral el que mejora las condiciones que otorga el Derecho de generación estatal.

Uno de los factores que pesan sobre la dictación de las primeras leyes sociales es la situación desmejorada en que los trabajadores habían quedado como consecuencia de la aplicación de los principios individualistas y abstencionistas del liberalismo, pero esto no quiere decir que podamos olvidar otros elementos reales que pesan en la decisión de los gobernantes. Uno de ellos, fundamental es el problema ideológico que aparece con motivo del surgimiento de doctrinas políticas y religiosas que abordan con diferentes enfoques el problema social de la época. Es la época en que las tendencias socialistas, social cristiana y gremialistas se abren camino conquistando adeptos que ven en ellas una vía de solución a sus problemas.

En el caso de Alemania es muy claro que en la determinación de Bismarck de promover la dictación de leyes sociales, pesa por un lado su deseo de unificar a su país y transformarlo en primera potencia, y por la otra, el conocimiento de que el auge de las ideologías en el seno de la población influirá negativamente promoviendo una división que atenta contra la idea de unidad.

Como puede inferirse de lo dicho, en materia laboral existió un conjunto de elementos fácticos que condicionaron la dictación de las primeras leyes sociales, las que, evidentemente, y considerando la desmejorada situación en que se encontraba la clase trabajadora, debían tener un carácter marcadamente proteccionista, el que se garantiza en cuanto a su eficacia con el establecimiento del principio de la irrenunciabilidad, hoy universalmente aceptado por todas las legislaciones laborales del mundo occidental.

En la actualidad, si bien la situación de excesiva dureza en cuanto a sus condiciones de trabajo que enfrentarían los trabajadores durante las primeras décadas del siglo XIX se encuentran superadas, y que nuestro mundo no es el del siglo XIX, no es menos efectivo que el carácter proteccionista del Derecho Laboral debe seguir existiendo y que el principio de la irrenunciabilidad no puede desaparecer ya que si tal cosa ocurriera, todo el ordenamiento laboral devendría en letra muerta, puesto que el afán de lucro que orienta la acción de todo empresario, es un hecho real que haría que si no existiera esta legislación proteccionista garantizada en cuanto a su acción por la irrenunciabilidad, se volverían las relaciones laborales a la situación en que estuvieron en la etapa más oscura de su historia.

Así como han existido factores que influyeron en el derecho laboral clamando por su dictación, los hubo que movieron a considerar la necesidad del establecimiento de un ordenamiento internacional del trabajo, idea que surge casi antes de la aparición de las primeras leyes sociales. Su precursor Robert Owen salta a la palestra en la segunda década del siglo pasado, siendo pronto seguido por otros que en su acción operan sobre bases de tipo real. Por una parte la situación de injusticia social que vivían los traba-

jadores en los diferentes países, y por otra parte, el efecto negativo que había tenido la iniciación de la dictación de leyes proteccionistas, ya que estas dejaban al estado que las dictaba en una situación desmejorada, para los efectos de la competencia comercial internacional frente a los demás Estados que no se había preocupado de reglamentar condiciones mínimas de trabajo.

Es así que los primeros precursores individuales del Derecho Internacional del Trabajo, Owen, Ducpetieaux, Hillary y el propio Villermé inician su labor la que pronto será seguida por órganos o cuerpos colegiados y luego por gobernantes, lo que conducirá a la celebración de las conferencias a nivel internacional y con participación oficial, esfuerzo que se ve interrumpido por la Primera Guerra Mundial, pero que se corona con el éxito de la creación de la OIT en 1919.

Puede desprenderse de lo dicho que hechos de tipo real pesaron fuertemente en la dictación de las primeras leyes sociales.

Cabe preguntarse si este fenómeno se sigue dando en la actualidad, y de ser la respuesta afirmativa, cabría determinar el grado en que el realismo influye en la dictación de normas laborales.

Estimamos que el realismo se sigue dando hoy en materia laboral porque es de la esencia del Derecho del Trabajo. Nuestra rama del Derecho recibe la influencia de la realidad que rodea al mundo jurídico de manera más fuerte y directa que las otras ramas de la ciencia jurídica porque está destinada a reglamentar realidades esencialmente humanas y prácticas lo que quita tiempo a la teoría y lo otorga a la realidad.

Así, si examinamos nuestra actual legislación nacional en materia de Derecho Individual del Trabajo, el D.L. 2200, publicado en el Diario Oficial de 15 de junio de 1978 podemos advertir que sus instituciones están condicionadas y orientadas por factores de hecho que es posible ir detectando al examinar las diferentes disposiciones.

Examinemos someramente algunas partes del D.L. a que hemos hecho referencia y podremos detectar los ele-

mentos fácticos que han orientado o condicionado la dictación o el contenido de la norma. En este somero análisis nos centraremos en las normas sobre capacidad laboral, en aquellas que establecen limitaciones en cuanto al tipo de labor que puede desempeñar la persona, en las que reglamentan la jornada de trabajo, en las que se refieren a los descansos y a las remuneraciones, sin que sea posible dejar de echar una mirada a las disposiciones que se refieren a la terminación del contrato de trabajo.

Si nos vamos a las normas sobre capacidad laboral, las que encontramos en los artículos 23 y siguientes, vemos de partida que se ha conservado la disposición que contenía nuestro ordenamiento anterior, el Código del Trabajo de 1931, en la cual se establecía la capacidad laboral a los 18 años de edad, lo que rompe el esquema del Código Civil que establece que los mayores de 21 años son plenamente capaces.

Resulta interesante entrar a especular buscando los factores que pesaron en la determinación del legislador de fijar la edad señalada para considerar que desde ese momento la persona está capacitada para ingresar al mercado laboral.

De hecho, el establecimiento de una edad en la cual la persona puede contratar libremente sus servicios corresponde a una medida de tipo proteccionista adoptada frente a la realidad que se viviera durante la primera mitad del siglo pasado en que prácticamente no se condicionó la posibilidad de trabajar a que la persona hubiere alcanzado, a lo menos, un relativo nivel de desarrollo.

En Chile la capacidad laboral ha sido fijada en 18 años de edad. En esta determinación del legislador pesaron, desde luego, factores de tipo fáctico. Por una parte se considera que el individuo a los 18 años de edad ha alcanzado un nivel apropiado de desarrollo, y es por eso que fija también esa edad para la iniciación del cumplimiento de sus obligaciones militares. Por otra parte, ha pesado en la determinación legislativa el factor educacional. En efecto, nuestro sistema educacional completo ha consistido desde antaño en 12 años de estudio, las llamadas preparatorias y hu-

manidades en épocas pasadas y la educación básica y la media, en la actualidad.

Si se considera que la edad en que tradicionalmente el menor ingresa a la educación regular es la de 6 años de edad, debe estimarse que esta etapa de la vida estará cumplida, en la mayoría de los casos a los 18 años. Es en ese momento en que se abre la posibilidad de ingresar a la educación superior o buscar trabajo, alternativa que no es tal para la mayoría de las personas. Quienes tienen acceso a la educación superior son los menos ya que el sistema de selección es riguroso, y la educación superior es de costo alto, lo que impide a muchos acceder a ella.

Por lo tanto, quien ha completado su educación básica y media y ve limitado su acceso a la superior sólo tiene la alternativa de buscar empleo, o lanzarse al mercado laboral para contratar servicios, lo que no podría hacer si la capacidad laboral siguiera las reglas generales y hubiere de aguardar los 21 años de edad.

Pero, también, es un hecho real que muchas personas requerirán trabajar antes de cumplir la edad que se ha fijado por la ley para el otorgamiento de la capacidad laboral plena. Sus medios no les permitirán completar su educación o el hogar requerirá de lo que ellos puedan aportar. Es por eso que el legislador establece normas especiales de capacidad laboral y fija requisitos para que los menores de 18 años puedan trabajar y establece dos categorías de menores, aquellos que están entre los 15 y los 18 años y aquellos que están entre los 14 y los 15 años de edad. Esta categorización se hace en base a los requisitos que les fija la ley para contratar sus servicios.

A todos ellos les exige una autorización expresa la que será dada por las personas que señala el legislador y en un orden de procedencia perfectamente claro y determinado, el que termina con el Inspector del Trabajo. Para esto último se toma en consideración que existirán menores que no tienen a nadie que los autorice. Si se hubiere mantenido el listado que daba el Código de 1931, que no contemplaba la acción del Inspector del Trabajo, estos menores no habrían tenido a nadie que otorgare la autorización.



Pero, como el Inspector es un funcionario cuyo actuar puede resultar frío, el legislador ha estimado necesario que esta autorización otorgada sea controlada por el Juez de Menores, quien puede dejarla sin efecto.

Respecto de los menores que se encuentren entre los 14 y los 15 años de edad el D.L. establece un requisito que es copulativo con la autorización; este es el de tener cumplida la obligación escolar.

En este punto se advierte muy claramente cuan realista es el Derecho Laboral ya que si examina comparativamente el texto de 1931 con el actual se advierte que la edad a la cual se le aplican estos requisitos ha variado. Antiguamente la ley hablaba de 12 a 14 años, y actualmente establece entre 14 y 15 años de edad.

El fundamento de esta modificación debemos encontrarlo en el cambio que se ha producido en el concepto de obligación escolar, que antiguamente comprendía los 6 años de preparatorias, mientras que en la actualidad los 8 años de educación básica.

Resulta lógico limitar la capacidad laboral de los menores de edad porque el trabajo, evidentemente influirá negativamente en su desarrollo. Es por eso que el legislador establece que los menores de 14 años no pueden trabajar, sin embargo, es también un hecho real que existen los llamados niños prodigios a quienes no podría racionalmente impedirseles que desarrollen su arte. Tal es el fundamento que motiva la dictación del art. 27 del D.L. 2200, norma que si bien les permite trabajar a los menores de 15 años, establece suficientes medidas de garantía para el menor.

Un tema que está estrechamente ligado con el de la capacidad laboral es el de los trabajos que se encuentran prohibidos a determinadas personas. Se trata del establecimiento de verdaderas incapacidades relativas que tienen como finalidad proteger la salud física, psíquica y moral de la persona. Estas limitaciones están establecidas tanto para los menores de edad a quienes se autoriza a trabajar como para personas que laboralmente son capaces.

En el establecimiento de estas prohibiciones el legislador ha tenido en especial consideración el sexo del individuo y su edad, factores que son de tipo real y que fundamentan estas medidas protectoras del trabajador, las que en el fondo son protectoras de la sociedad, ya que velan por la moralidad y la salud de los individuos y a través de esto por el bienestar general de la sociedad.

Es el caso de lo establecido en los arts. 24 y 25, normas que limitan la posibilidad de trabajo de las mujeres y de los menores de 21 años en aquellas faenas en que el trabajo puede resultar perjudicial para la salud física y moral de las personas, así mismo es el caso de los trabajos mineros subterráneos, de la prohibición de desempeñarse en trabajos que pueden resultar peligroso para las condiciones físicas o morales propias de su edad o sexo, y de desempeñarse en cabarets u otros establecimientos análogos en que se presenten números vivos o en que se expendan bebidas alcohólicas que deban consumirse en el mismo local.

Sin embargo, actuando con criterio realista el legislador ha establecido excepciones al principio antes señalado, y reconoce que incidentalmente puede ser necesario que una mujer deba, por así decirlo, invadir los recintos o labores que le están vedados, que deba descender al interior de una mina para realizar prácticas propias de su formación profesional, o que incidentalmente en cumplimiento de sus labores deba desempeñarse en estos recintos. En este caso la ley señala que no opera la prohibición anterior.

Un criterio proteccionista, basado en consideraciones de tipo real ha movido al legislador a establecer la prohibición del trabajo de los menores de 18 años en faenas subterráneas o en labores que pueden resultar peligrosas para su salud, seguridad o moralidad y ha fundamentado la norma que prohíbe el trabajo nocturno de estas personas, entendiéndose por tal el que se realiza entre las 22 y las 07 horas, sin embargo, consideraciones basadas en factores realistas lo han impulsado a establecer situaciones excepcionales en que un menor de esa edad puede desempeñarse en labores nocturnas. El fundamento de la excepción que se hace en beneficio de las llamadas empresas familiares y

respecto de los varones mayores de 16 años quienes pueden cumplir jornada nocturna en las industrias que señalará el reglamento, cuando se trate de trabajos que en razón de su naturaleza deban necesariamente continuarse de día y de noche, es sin duda que el legislador estima que el trabajo en las empresas familiares no será agotador.

Otra prueba del criterio realista que ha orientado la acción de nuestro legislador laboral la encontramos en el hecho de que el art. 24 del D.L. 2200 establezca como condición para que un menor de 21 años y mayor de 18 se desempeñe en faenas subterráneas el hecho de haber rendido un examen especial de aptitud, examen que tiene por finalidad determinar que este tipo de labor no perjudicará el desarrollo normal de la persona.

Son pues, consideraciones en relación a la edad, al sistema educacional vigente, al tipo de trabajo que va a realizar el operario, a su sexo, a la peligrosidad de la labor que se va a realizar las que han condicionado la dictación de las normas sobre capacidad laboral y sobre limitaciones al ejercicio de esta capacidad; estas consideraciones, permítasenos nuevamente decirlo, se fundamentan en factores netamente realistas que motivan la dictación de normas protectoras.

Si nos enfrentamos ahora al problema de la jornada de trabajo nos encontraremos con que el legislador se ha preocupado de limitar la duración máxima del desempeño laboral por día o semana, como un medio de garantizar el debido descanso al trabajador y de permitirle desarrollar una apropiada vida familiar.

Uno de los problemas candentes al momento de la dictación de las primeras legislaciones sociales era la duración inhumana que había alcanzado la jornada de trabajo, la que llegaba a 14, 16 y 18 horas diarias. Este sistema, por una parte perjudicaba al trabajador llevándolo al agotamiento y por otra parte se traducía en una deficiente producción, resultante lógica del operario agotado que llega a la automatización o embrutecimiento que lo lleva a producir mal y que aumenta la posibilidad de siniestros laborales.

Estos factores de hecho movieron a la dictación de normas limitatorias de la jornada de trabajo, normas cuyas necesidad subsiste ya que el problema del agotamiento y de sus consecuencias para el trabajador y para la empresa son elementos fácticos que debe seguir considerando el legislador.

Nuestra actual legislación laboral en esta materia no introdujo profundas modificaciones respecto de las normas que sobre la jornada de trabajo contenía la legislación de 1931. En efecto, se mantiene el principio básico en materia de duración general de la jornada de trabajo semanal en 48 horas, habiéndose eliminado la referencia que se hacía a la longitud máxima de la jornada diaria que era de 8 horas.

Respecto de la división de esta jornada máxima semanal nos encontramos con que en principio se mantiene la idea de la división en partes iguales para ser distribuida en 6 días laborales, ya que el séptimo es de descanso obligatorio. Sin embargo, acogiendo una realidad nacional que es la tendencia al trabajo en 5 días a la semana, se establece la posibilidad de dividir la jornada máxima semanal en 5 días, abandonando definitivamente el principio que había sentado el código de 1931 que establecía la posibilidad de división de 5 días y medio, ya que la realidad probó que ese medio día de trabajo era de productividad baja y que su costo de operación para la empresa era semejante al de un día completo de trabajo.

Como se señalara, se establece una jornada máxima legal de 48 horas semanales, sin embargo, el legislador no ha podido dejar de considerar de que existen labores respecto de las cuales no resulta apropiada dicha duración máxima. Hay trabajos que requieren de una gran concentración y que someten al trabajador a un gran esfuerzo mental que se traduce en un agotamiento prematuro, y otros en que sólo se requiere permanencia "a disposición" sin que la persona esté desempeñando una labor en forma ininterrumpida.

Este tipo de elementos reales condicionaron la dictación de los preceptos de los arts. 35, 37 y 38 del D.L. 2200

que establecen jornadas de trabajo que alteran la norma general y que permiten que un trabajador tenga legalmente una jornada más larga o más reducida, porque es un hecho real que el desempeño del perforista de un sistema de computación le agota rápidamente por la atención que requiere lo que está cumpliendo, mientras que en el caso de un operador telefónico de un punto geográfico en que hay poco movimiento, éste debe permanecer continuamente a disposición del público, pero el tiempo en que opera efectivamente el equipo que se le encuentra encargado será generalmente escaso, y por lo tanto no se producirá rápidamente el consiguiente cansancio.

Obrado en base a un criterio realista el legislador ha debido considerar que existen trabajadores respecto de los cuales no se justifica la limitación legal en cuanto a sus horas de trabajo, ya que resultaría imposible su control y por lo tanto la norma carecería de sentido. Es el caso de los trabajadores señalados en el art. 34 inciso 2º del D.L. 2200. Mirando esta norma a la luz de la realidad, y para justificar su dictación bastaría que nos preguntáramos si tendría alguna aplicabilidad práctica una norma que pretendiera limitar las horas de trabajo a una persona que se desempeña por cuenta ajena en su propio domicilio.

La autorización legal que la ley otorga al Presidente de la República para modificar las normas sobre jornada en relación con el comercio en determinadas épocas del año es una manifestación fuerte del realismo que ilumina a todo el Derecho Laboral chileno. Sabemos que las vísperas de festividades son las épocas en que la actividad comercial sube en cuanto a su volumen de operación en el país, y conocemos, por otra parte, nuestra idiosincrasia tan nacional de dejar todo para el último momento. El año es muy largo, pero las compras de Navidad siempre se harán en los últimos días, y aún en las últimas horas. Tales son los fundamentos que ha tenido en vista el legislador para autorizar que en dichas oportunidades se prolongue la jornada de trabajo de los dependientes del comercio, para que de esta manera esta rama de la actividad nacional pueda cumplir cabalmente su cometido, teniendo en todo

caso los trabajadores derecho a una remuneración adicional.

Examinando nuevamente las disposiciones legales sobre jornada de trabajo, nos encontramos con que la propia disposición del art. 33 que define la jornada es una manifestación de realismo. Dicha norma mezcla dos conceptos de jornada, el económico (tiempo durante el cual se produce efectivamente) con el laboral (tiempo en el que el trabajador permanece a disposición del empleador).

Sabemos que el mundo que nos corresponde vivir se caracteriza entre otras cosas por su impersonalidad y frialdad. Si no se hubiere dictado el art. 33 en la forma en que se hizo bien podría haber sido que muchos hubieren considerado comenzar a aplicar el concepto económico con toda su fuerza y que sólo se percibiera remuneración por el tiempo efectivamente trabajado. Olvidando la fática que muchas veces se hace imposible cumplir el deber de desempeño por parte del trabajador por causas ajenas a su voluntad, falta de materia prima, problemas en las maquinarias, etc. Frente a esto se hacía necesario dar reconocimiento a la definición de jornada que nos da el Derecho Laboral, por lo tanto la mezcla de conceptos que se hace en el art. 33 del D.L. 2.200 sólo responde a una realidad que ha sido reconocida por el legislador.

Si abordamos ahora el tema del sobretiempo, o jornada extraordinaria vemos que las normas correspondientes están salpicadas de manifestaciones del realismo.

En nuestro sistema las horas extraordinarias se caracterizan por ser convencionales y condicionadas. Son convencionales por imperativo expreso del art. 42 del D.L. 2.200, lo que resulta reafirmado por el art. 43 que establece un reconocimiento a un verdadero pacto tácito entre las partes. Sin embargo, el legislador ha tenido que considerar que pueden ocurrir eventos en que se haga imprescindible que el trabajador deba quedarse en las faenas fuera de las horas normales de trabajo, aún cuando no exista un pacto entre las partes al respecto. Este es el fundamento de que el legislador en el art. 40 haya establecido las llamadas horas extraordinarias forzadas, entendiendo por

tal el sobretiempo que debe laborarse, en la medida en que sea estrictamente necesario, para abordar problemas imprescindibles para la empresa. Frente a un incendio, inundación u otros eventos análogos no cabría ni siquiera considerar que pueda iniciarse una negociación para determinar si el personal deberá permanecer mayor tiempo en su puesto de trabajo para atacar el problema. En tal caso, basta el siniestro y la orden patronal para que este sobretiempo deba ser trabajado, pero sólo en la medida indispensable para dar solución al problema.

Considerando que la empresa es la fuente del ingreso del trabajador, nada resulta más realista que en este caso comprometerlo a su defensa, ya que en cierta medida el trabajador estará participando efectivamente en un esfuerzo colectivo, que le será remunerado para salvaguardar sus propios intereses.

Señalábamos, también, que las horas extraordinarias eran condicionadas. Esto se manifiesta en dos aspectos, en cuanto a su limitación respecto de su duración, en que la ley señale que no pueden ser más de dos por día, ya que el exceso podría perjudicar al trabajador, y en el hecho de que sólo pueden ser pactadas en labores que por su naturaleza no perjudiquen a la salud del trabajador.

Nada resulta más racional y realista que esta limitación ya que no podría racionalmente permitirse que la persona que se encuentra contratada para desempeñarse en faenas peligrosas, las que de por sí lo van a perjudicar o a poner en situación de peligro por el solo cumplimiento de su jornada ordinaria de trabajo, vaya a permanecer un mayor número de horas en situación riesgosa con el fin de incrementar su propio ingreso o la ganancia del empleador.

Las jornadas de trabajo, que aunque limitada es agotadora de por sí, debe racionalmente ser interrumpida por un período de descanso el que generalmente será otorgado a la hora de ingerir alimentos, y de ser posible, de acuerdo a la ley, de una vez a todo el personal que se desempeñe en la sección.

Resulta lógica esta forma de interrupción total ya que si no se obrare de este modo, el proceso productivo se

vería entrabado, ya que habrían vacíos en la línea de producción si las personas tomaran su descanso en forma escalonada; sin embargo este principio que como tal es bueno no puede ser absoluto, ya que hay actividades productivas o de servicios que por la naturaleza de las necesidades que satisfacen o por razones de tipo tecnológico no pueden ser interrumpidas, respecto de las cuales aparece lógico que se haga excepción a lo señalado como norma general.

La propia existencia del sistema de jornada única o continua, que puede ser convencional u obligatoria, es otra manifestación del realismo en materia laboral. Es un hecho reconocido que una interrupción de la jornada diaria de trabajo por un lapso prolongado hace que el trabajador se vea tentado de concurrir a su domicilio a almorzar o a descansar, lo que redundaría en una aglomeración de público en los vehículos de movilización colectiva, lo que impone al sistema a un mayor gasto de combustible provocado por el congestionamiento de tránsito, la marcha lenta, el mayor número de pasajeros por máquina, etc., hechos que influyen negativamente en la economía nacional, por los altos costos que en la actualidad tienen los combustibles, y en la propia economía del trabajador que debe costear 4 pasajes al día en vez de dos.

Por otra parte, para el trabajador una jornada de tipo concentrado resulta tecnológicamente más adecuado por cuanto la persona al recibir un descanso suficiente pero breve no pierde el tren o ritmo de trabajo emprendido.

Una nueva manifestación del realismo en nuestra legislación la encontramos en el descanso dominical y en días festivos. La ley desde antaño ha establecido estos días de descanso obligatorio; pero con un criterio realista, que ya tuvo el legislador de 1931, se consideró la posibilidad de que determinadas empresas no pudieran acomodarse al sistema de suspensión del trabajo para dar estos descansos en forma colectiva a todos sus trabajadores sea por razones de tipo tecnológico (empresas que no pueden paralizar sus maquinarias o que deben realizar labores en tiempos muy determinados), o faenas que no pueden verse inte-



rumpidas por la importancia de las funciones que satisfacen.

Frente a este hecho nuestra antigua legislación optó por el establecimiento del sistema de descanso quincenal para estos trabajadores, solución que no resultaba conveniente al trabajador y a la empresa porque en muchas oportunidades no resultaba posible ni siquiera realizar la paralización total cada dos semanas. Frente a esta realidad surgió la práctica del trabajo en base al sistema de turnos el que alcanza su consagración definitiva en el D.L. 2.200, estableciéndose el descanso compensatorio para la persona que por la operación de este sistema deba permanecer trabajando en días domingos o festivos.

En íntima relación con la jornada de trabajo y con los descansos se encuentra el problema del feriado anual o vacaciones anuales remuneradas. Esta parte de la legislación contempla claros ejemplos de realismo que no pueden dejar de mencionarse. Estos claros ejemplos de realismo en materia laboral los encontramos en lo que dice relación con la duración de este descanso y con la norma excepcional que establece que determinados trabajadores no tienen derecho a feriado y con la que reglamenta la parcelación del descanso anual remunerado.

En relación con la duración del descanso, la regla general es la de los 15 días hábiles de vacaciones remuneradas para las personas que cumplen un año de trabajo, sin embargo existen normas excepcionales que otorgan feriados más largos. Se trata de las disposiciones que aumentan la duración de este descanso en base a factores de carácter geográfico o atendiendo al tipo de labor que realiza la persona y las que reglamentan el llamado feriado progresivo, vale decir, el aumento o alargamiento del feriado en relación a los años de servicios.

Es un hecho real que en nuestro país prima la centralización y que pese a los esfuerzos realizados por la autoridad para dar solución a este problema éste aún persiste. El centro del país opera como un polo de atracción, los precios en general son menores, los productos que se ofrecen más variados, los centros de esparcimiento más atractivos y es

precisamente allí donde se encuentra el centro de la administración. Esto obliga al habitante de las regiones extremas a desplazarse y como los medios de desplazamiento suelen ser escasos, sobre todo en el extremo sur, y de costo elevado, se justifica que los trabajadores de estas zonas extremas tengan derecho a un período de descanso anual más prolongado.

Tal es el fundamento de que en el art. 72 inciso 3º se establezca que el período básico de descanso anual remunerado para los trabajadores de la I, II, III, XI, y XII Regiones y de la Provincia de Chiloé sea de 25 días hábiles.

Otro factor real diferente es el que fundamenta la existencia de la disposición que otorga un período ampliado a 25 días hábiles de vacaciones a los trabajadores de los yacimientos mineros y plantas de beneficio. Es en este caso la naturaleza del trabajo duro y muchas veces perjudicial para la salud el que fundamenta que el período de descanso anual deba ser más prolongado.

En esta materia el legislador del D.L. 2.200 obra sobre bases más realistas que las que tuvo en consideración el legislador de 1931, ya que si bien éste establecía una norma semejante en el caso de los trabajadores de minería, hacía extensivo el descanso ampliado a los trabajadores de las empresas mineras que se desempeñaran en la provincia en que se encontraba ubicado el yacimiento, con lo cual se beneficiaba con una ampliación del período de descanso anual a personas que en muchas oportunidades, si bien se desempeñaban para una empresa minera dentro de la provincia en que se encuentra ubicado el yacimiento, lo hacían en un centro urbano, en oficinas ubicadas a buena distancia de las faenas propiamente mineras que son las peligrosas y nocivas para la salud del trabajador.

La otra situación en que el período de descanso anual se prolonga es el de descanso o vacaciones progresivas. Es un hecho reconocido que en la medida que avanza el tiempo de trabajo, y consiguientemente la edad del trabajador se hace más difícil que la persona reponga totalmente sus fuerzas, requiriéndose, por tanto, un mayor descanso.

Este hecho real fundamenta la determinación del legislador de establecer un sistema de vacaciones progresivas, existiendo un sistema que opera sobre la base de los años de servicio del trabajador.

En el Código de 1931, como recordaremos existían dos casos de vacaciones progresivas, uno de los cuales no aparece en la legislación actual; nos referimos al que fuera establecido en base a la edad y a los años de servicio del trabajador.

El fundamento de la supresión de este beneficio, hecho que podría aparecer como injusto arranca de una base realista. Esta norma alcanzó su operatividad en virtud de la interpretación que hizo la jurisprudencia administrativa de una disposición cuya redacción no era afortunada, sin embargo, por la vía de la interpretación este beneficio devino en un arma de doble filo, por cuanto los trabajadores de edad avanzada y, consiguientemente con muchos años de trabajo, por efecto de la aplicación de esta norma, pasaron a ser poco gratos a los empleadores, ya que su período de descanso remunerado resultaba demasiado prolongado, lo cual les proporcionaba una no deseada inestabilidad en el empleo y una tremenda dificultad para encontrar trabajo, lo que hizo que una norma que era de neto carácter proteccionista se volviera en contra del propio trabajador.

Dejemos, en todo caso constancia que el legislador en el Art. 11 transitorio señaló expresamente que quienes se encontraran gozando de este beneficio lo mantendrían, pero congelado al número de días de descanso anual que tuvieran a la fecha de la dictación de la nueva legislación, pese a que el Art. 75 declara que en caso alguno el feriado anual podrá superar los 35 días corridos .

Dejando ahora el problema de los descansos y enfrentando al de las remuneraciones nos encontramos con un conjunto de disposiciones en que el carácter realista salta al primer examen. Manifestaciones de él son sin duda el establecimiento de los sistemas de remuneraciones mínimas, el propio establecimiento de la gratificación legal y las normas que conforman el sistema de garantías de las remuneraciones.

La existencia de la disposición que establece que por concepto de remuneración no se puede percibir una suma inferior al Ingreso Mínimo Mensual cuando la persona trabaja jornada completa, norma que es de clara tendencia proteccionista, responde a la realidad. En primer lugar, en esta materia se sustituyó los conceptos de salario mínimo y sueldo vital por el de ingreso mínimo, lo que responde a la realidad fáctica de que dichos conceptos, en cuanto a valores monetarios, se encontraban totalmente sobrepasados por la realidad económica. Por otra parte, la eliminación de las categorías de obreros y empleados hacía necesaria la eliminación de conceptos remuneratorios diversificados, tendiendo a la unidad.

En todo caso, el establecimiento de un mínimo remuneracional garantizado es una medida protectora del trabajador que cierra la puerta a que por la vía convencional el empleador pueda pretender contratar trabajadores en base a remuneraciones misérrimas.

Por otra parte, al establecer el ingreso mínimo como un tope remuneracional inferior se pretende aclarar que no se puede considerar para integrar la remuneración de subsistencia aquellas partidas que legalmente no conforman remuneración, cuyo origen no es el de ser una contra prestación por servicios realizados sino ser sumas destinadas a compensar gastos que el trabajador realiza de su propio peculio para cumplir con sus trabajos (desgaste de herramientas) o beneficios que el sistema de seguridad social establece en favor de la familia (asignación familiar legal).

El establecimiento del modelo remuneracional conocido como gratificación legal, aparte de permitir que el trabajador participe en la utilidad que ha contribuido a generar, representa un buen sistema para que se cumpla con el objetivo de producir eficazmente ya que es un hecho sabido que la persona se esfuerza más en la medida en que se encuentra integrada o interesada en los resultados de la empresa. Al saber el trabajador que el monto de la remuneración que va a percibir por este concepto, sobre todo si se aplica el sistema del Art. 55, se prodigará para lograr que

la utilidad de la empresa sea mayor porque de ello dependerá que aumente proporcionalmente la cantidad que le corresponderá percibir.

Si se considera ahora las normas que conforman el sistema de garantía de las remuneraciones aparece de manifiesto el carácter realista y hasta pragmático que ha orientado al legislador en su acción. Parece una reiteración innecesaria señalar que las remuneraciones deben convenirse y pagarse en moneda de curso legal pero el fantasma del pago en fichas o vales que debían ser cambiados en la pulpería de propiedad del empleador aún se desliza entre las sombras. El pago con mercaderías es una institución que no puede ser olvidada y que aún subsiste en muchas partes del mundo. De no existir la disposición del Art. 62 bien podría ser que este fantasma pretendiera materializarse en nuestro medio.

El deber de otorgar una liquidación o documento en que aparezca la forma en que se determinó el monto de la remuneración que se va a pagar es también una medida práctica que tiene fundamentos reales. Nuestro legislador ha sido celoso en cuanto a establecer la posibilidad de que se realicen deducciones o descuentos de las remuneraciones de los trabajadores. La obligatoriedad de la entrega de este documento resulta un medio eficaz de controlar el cumplimiento de las disposiciones sobre descuentos por planilla, y por otra parte responde a una realidad fáctica que ha operado en las empresas bien organizadas que han empleado desde antaño este sistema.

El principio de la inembargabilidad de las remuneraciones es antiguo en nuestra legislación y resulta desde todo punto de vista lógico; el Código de 1931 era absoluto en esta materia y sólo permitía se descontare, por orden judicial, las pensiones alimenticias, pero el legislador no pudo dejar de considerar que este principio proteccionista no puede transformarse en un escudo para que el trabajador se transforme en un deudor irresponsable e intocable.

Es por este motivo que el legislador ha considerado que el principio de la inembargabilidad de las remuneraciones no puede ser absoluto y ha determinado que el exceso sobre 12 ingresos mínimos puede ser objeto de embargo, sin perjuicio

de que frente a condiciones más delicadas como es el caso del auxilio a la familia, las remuneraciones que el trabajador adeude a dependientes propios o indemnizaciones que el trabajador adeude judicialmente al empleador por haber incurrido en delitos contra la probidad, proceda que se embargue hasta el 50% de los haberes del operario.

De esta forma el legislador ha jugado con los conceptos de justicia social (al establecer la inembargabilidad como norma general) y de bien común, al permitir que el exceso sobre lo racionalmente lógico sea embargable y al establecer un verdadero privilegio en favor de determinadas deudas que puede tener el trabajador.

El establecimiento preciso y claro de las partidas que pueden o deben descontarse de las remuneraciones de los trabajadores es sin duda una manifestación clara del principio del realismo que orienta a nuestra actual legislación. El sentido principal de esta norma es evitar que por la vía de la facilidad y comodidad que otorga el llamado "descuento por planilla" el trabajador compromete parte importante de sus haberes en adquisiciones al fiado de especies lo que ha llevado a que en casos numerosos el "líquido a percibir" se haga irrisorio.

Es un hecho real que las personas hacen adquisiciones a crédito comprometiendo partes importantes de sus ingresos futuros y que este hecho se ve fomentado por la comodidad que otorga el sistema de descuentos automáticos. Es por esta razón que el legislador ha deseado eliminar en definitiva esta institución.

En este rápido vistazo a nuestra Legislación Laboral contenida en el D.L. 2200 señalando aspectos de ella en que salta a la vista el carácter realista que la informa, no se podría dejar de dar una mirada a las disposiciones que se refieren a la terminación del contrato de trabajo, aspecto en que en la actualidad opera un paralelismo de normas ya que se mantienen en vigencia las disposiciones de la Ley 16455 en forma paralela a las del D.L. 2200, siendo la primera aplicable a las personas que fueran contratadas con anterioridad al 15 de junio de 1978.

Si se examina estos estatutos paralelos, se advierte que la mayor novedad que presenta el D.L. 2200 en materia de terminación del contrato de trabajo es la reimplantación del sistema del libre desahucio que había existido anteriormente en el Código del Trabajo y que había sido eliminado como regla general por la Ley 16.455 reservándolo para determinadas categorías de trabajadores a los que, por contar con poca antigüedad en la empresa o por desempeñar cargos en que el elemento condicionante es la confianza que debe existir entre las partes de la relación laboral, se consideraba que no podía aplicárseles el régimen general.

El restablecimiento de este caso de terminación del contrato ha movido a sorpresa, ya que se ha estimado por muchos que implica un retroceso en el avance de la legislación laboral nacional, sin embargo, si se examina el problema con criterio realista se puede advertir que el restablecimiento de este sistema de terminación del contrato de trabajo no implica algo nuevo frente a la realidad que se vivía bajo el solo imperio de la Ley 16.455.

Sin duda que el objetivo del legislador al dictar dicho texto fue el proporcionar a los trabajadores estabilidad en el empleo, de ahí el principio a que no podía ponerse fin al contrato sino en virtud de una causa justificada, causas que estaban específicamente determinadas por la ley. Quien considerara que la terminación de su contrato era injustificada tenía el derecho de concurrir al Tribunal del Trabajo, o al que hiciera sus veces para solicitar se declarare improcedente la terminación del contrato, se ordenare la reincorporación del trabajador a su puesto y el pago del tiempo que hubiere estado separado de un cargo tal como si lo hubiere trabajado.

Sin embargo, y considerando que cuando la relación entre las personas se rompe resulta muy difícil que pueda reiniciarse, el legislador señaló que el empleador podía negarse a reincorporar al trabajador a su puesto y que en tal caso sería condenado al pago de una indemnización.

Esa fue la válvula de escape para que el libre desahucio siguiera existiendo, pese a que legalmente se le había eliminado. Una terminación del contrato por voluntad patronal,

sin causal real, mal usando de las que establece la ley llevaba a una sentencia de reincorporación, la cual no se acataba por el empleador que pagaba la indemnización con el fin de zafarse definitivamente del trabajador.

El legislador del D.L. 2200 hubo de advertir esta situación de tipo real. El trabajador en el fondo era desahuciado y para lograr la indemnización debía seguir un largo proceso judicial. Frente a esto, ¿no resultaba mejor restablecer el pleno imperio del libre desahucio y establecer una indemnización por años de servicio? ¿No conseguiría el trabajador un mismo resultado en forma más rápida? Así opinan algunos y su argumentación parece razonable, desgraciadamente la indemnización que se establece en la ley para el caso de negativa a reincorporar puede ser superior a la que otorga el D.L. 2200 ya que la ley señalaba que no sería inferior a un mes por año de servicios o fracción que no bajare de 6 meses, mientras que el D.L. se limitaba al "mes por año y fracción que no baje de 6 meses", y por otra parte, se ha eliminado la compatibilidad de indemnizaciones legales y convencionales que establecía la ley.

Otra manifestación del realismo en materia de terminación del contrato de trabajo es el establecimiento del sistema de sobreprotección que se establece para determinados trabajadores. Nos referimos a aquellos que invisten la representación de sus compañeros y a aquellos que por una situación muy especial, como el embarazo, requieren de un tratamiento especial.

Desde un punto de vista real estas personas requieren de una mayor protección, ya que serán ellos los que resulten más conflictivos y menos simpáticos al empleador o los que permanecerán ausentes de la empresa o trabajando con un rendimiento menor, factores que siempre harán añorar la posibilidad de su eliminación.

En resumen, si examinamos la legislación laboral que nos rige, en cada una de sus instituciones nos encontraremos con normas que reconocen y aún consagran realidades. Nuestro Derecho Laboral es protector del trabajador por razones de lógica real que pueden ser advertidos y encontrados al examinar con cuidado la legislación.



Este elemento realista debe orientar a toda la legislación del trabajo que no puede dictarse considerando solemnes esquemas doctrinarios separados de la realidad que se vive. El Derecho Laboral es esencialmente humano y como tal debe considerar la realidad del hombre y de la sociedad en que este vive. Si el derecho no aborda valientemente el reto realista fracasará en su intento de ser un elemento de pacificación social.