

Lo que circunda viene de vuelta: Regulación, “súper” fiscalizadores del trabajo y la reforma de salud de Obama

Por: César F. Rosado Marzán, PhD, JD*
Profesor Asistente, IIT -- Chicago-Kent College of Law
Investigador, Regulating Markets and Labour Programme (ReMarkLab), Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo.

A principios del siglo 20 los empleadores norteamericanos se escaparon de la regulación laboral argumentándole a las cortes, y convenciéndolas, que tales regulaciones violentaban el derecho constitucional de libertad y su derivado, la libertad de contratación. La decisión de la Corte Suprema norteamericana, *Lochner v. Nueva York*, cristalizó éste derecho y estableció dicha doctrina como ley constitucional durante las primeras décadas siglo 20. La Corte cambió de parecer tres décadas después de establecida la doctrina *Lochner*, tal como quedó evidenciado en casos como *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, en donde, en medio de la depresión económica de los EE.UU, la Corte defendió la constitucionalidad de la legislación del salario mínimo para mujeres y niños. El gobierno ahora podía restringir la libertad de contratar siempre y cuando se hiciera en el interés público.

Sin embargo, la presión incesante de generar ganancias en el mercado competitivo obliga a los empleadores, en muchos casos por medio de sus abogados, a crear nuevas estrategias y re-empaquetar viejas ideas para reducir sus costos laborales. Así, los empleadores chilenos, una de las fuerzas políticas principales detrás del muy discutido modelo neoliberal del país, -- elogiado por muchos y desdeñado por otros -- han sido particularmente creativos y asertivos para escaparse del alcance del derecho laboral de su país.

Una de las estrategias de los abogados patronales chilenos ha sido persuadir a las cortes del país, incluyendo La Corte Suprema, que la protección de los derechos constitucionales de propiedad y el derecho de no ser juzgado por “comisiones especiales” -- un término chileno del siglo XIX que define cuerpos extrajurídicos creados por el poder ejecutivo para decidir controversias (cortes “de canguro” creadas por dictadores, en esencia) --, significa que ninguna controversia contractual se puede calificar administrativamente, sino que debe verse a través de los tribunales de justicia. En lengua llana, esto significa que si un trabajador y un empleador tienen diferencias con respecto a cualquier término de su relación contractual, la materia no se puede resolver por la Dirección del Trabajo del país, una dependencia pública que cuenta con centenares de inspectores del trabajo que puedan investigar rápidamente los casos y multar a los empleadores que violan la ley, sino que tiene que ser calificada y decidida por un tribunal. Por lo tanto, diferente a la doctrina norteamericana de *Lochner*, la cual eliminó toda regulación pertinente al empleo por ser inconstitucional, los abogados patronales chilenos descubrieron una estrategia menos radical pero semejantemente eficaz - la judicialización del derecho laboral.

La judicialización puede ser un impedimento eficaz en contra del derecho laboral porque, generalmente, las cortes son mucho más lentas en la determinación de violaciones de ley que las agencias administrativas. Dado que para los trabajadores la justicia lenta no es justicia, como regla general los trabajadores raramente buscan la asistencia judicial para resolver sus problemas laborales.

Dado la judicialización de parte importante del derecho laboral chileno y la necesidad de motivar a los trabajadores a que busquen la protección de los tribunales del trabajo, los reformadores pro-trabajadores empujaron al gobierno de Chile a que adaptase sus instituciones jurídicas a las nuevas exigencias. Éstas reformas incluyeron la contratación de nuevos jueces del trabajo, una defensoría laboral gratis para los trabajadores y la creación de procedimientos más rápidos para resolver casos laborales. La reforma de "Justicia Laboral" que entró en régimen en el 2009, contrató a 89 nuevos jueces de trabajo, los que desempeñan en los diversos juzgados laborales a través del territorio nacional chileno, e intentan llenar el vacío creado por la ausencia de la acción administrativa en asuntos claves y superar los procedimientos extremadamente lentos y arcaicos de las magistraturas del trabajo anteriores a la reforma.

Aunque el derecho chileno no prevé procedimientos de demandas colectivas (*class actions*) o compensaciones gigantes como las otorgadas por los jurados norteamericanos, la orientación inquisitorial de los jueces de Chile - una orientación común en los países de tradición civilista - juega un papel sumamente interesante para el cumplimiento del derecho laboral chileno. Algunos jueces, quizás los más asertivos, están utilizando su autoridad para hacer inspecciones directas en los lugares de trabajo. En este sentido, el juez del trabajo se puede estar convirtiendo en una especie de "súper" inspector de trabajo con la capacidad de fiscalizar a los empleadores y de decidir controversias jurídicas concurrentemente.

Recientemente tuve la oportunidad de presenciar una de éstas inspecciones oculares por un juez de trabajo de Santiago, quien tenía que decidir si un empleador, una cadena nacional de la farmacias, pagaba correctamente las comisiones de ventas a sus trabajadores. Un punto en controversia era si el empleador le proporcionaba a los trabajadores un expediente detallado de cada venta hecha por ellos. Dada la incapacidad de las partes de otorgar evidencia clara sobre los expedientes de ventas, el juez decidió que iba a hacer una inspección ocular en uno de los establecimientos del empleador. Simplemente, el juez recesó la audiencia y caminó al local más cercano del empleador, el cual quedaba a unas cuatro cuadras del tribunal, junto a su oficial jurídico, los abogados de las partes y algunos miembros del público presentes en la audiencia, incluyendo éste servidor.

Una vez en el lugar de trabajo, el juez le pidió a una trabajadora de ventas que le produjera un expediente de ventas hechas por ella. El juez también le hizo algunas preguntas relacionadas a cómo el empleador registró las ventas y cómo calculaba las comisiones.

En casi un ejemplo textual de la figura sociológica de “consecuencias inesperadas”, los empleadores chilenos parece que motivaron la creación de un “súper” inspector del trabajo en su intento, paradójico, de limitar las acciones de los inspectores del trabajo por medio de la judicialización de la ley laboral. Claramente, los 89 jueces de trabajo del país, los cuales tienen que oír cerca de 4-5 casos diarios, de ninguna manera pueden realizar incluso una pequeña fracción de la cantidad de fiscalizaciones realizadas por los centenares de fiscalizadores del trabajo del país. Sin embargo, es indiscutible que el juez de trabajo es una autoridad en desarrollo en el país, cuyo impacto en el mundo del trabajo todavía está por verse pero que promete no ser insustancial. Los empleadores están ahora notificados que su propiedad puede estar sujeta a la inspección de un juez del trabajo, un “súper” inspector del trabajo que, luego de entrar en el lugar de trabajo pueda decidir una cuestión que puede terminar costándole miles de dólares al empleador, así como publicidad negativa.

La lógica de consecuencias inesperadas en los ciclos de desregulación y regulación laboral se puede extender fácilmente al caso norteamericano. Las iniciativas patronales anti-sindicales han efectivamente reducido el papel de la negociación colectiva en el país y, así, mermado el derecho del despido por justa causa y el papel de los fondos obrero-patronales para planes médicos de salud y de jubilación.

Por lo tanto, la desigualdad se ha incrementado dramáticamente en los EE.UU, creando franjas significativas de trabajadores sin cuidado médico y sin la capacidad eficaz de jubilarse. Por lo tanto, en los EEUU se generó la inquietud de reformar las políticas de salud, culminando en la reciente reforma de salud de Obama que ahora obliga a que individuos tengan un plan médico por orden del gobierno y que obliga a éste a subvencionar muchos de los planes. Cual estrategia – la “autorregulación” (o “auto tutela” en el lenguaje laboralista) o “comando y control” – probará ser la mejor o peor para uno y el otro está todavía por verse.

En Chile, un líder sindical recientemente me comentó que él nunca deja de quedar impresionado por la creatividad asombrosa de los empleadores para hacer dinero. Desde la judicialización de los conflictos laborales al uso profuso de la subcontratación, otra estrategia usada en Chile para escapar regulaciones del trabajo, él encuentra que los empleadores siempre están en busca de maneras creativas para no tener que cumplir con la ley laboral. Sin embargo, la experiencia universal en estas materias es que los activistas de los trabajadores tienen que combatir la creatividad del capital con la suya. Éste es el negocio en el que estamos metidos.

Posiblemente nunca terminaremos nuestra tarea de solucionar los problemas sociales causados por nuestras sociedades de mercado dado el carácter cíclico de regulación, pero las victorias recientes, pequeñas y grandes, demuestran el impacto importante que la determinación y la creatividad de los reformadores pueden tener. No nos queda otra opción que la de seguir hacia delante con determinación y creatividad.

** El autor está actualmente efectuando una investigación de campo en Chile sobre la labor de la Dirección del Trabajo y los nuevos juzgados del trabajo chilenos.*