



**Dogmática laboral  
y  
causas de justificación  
jurídica**

**Legítima defensa  
de derechos laborales**

Alfonso Hernández Molina

# **DOGMÁTICA LABORAL Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN JURÍDICA<sup>1</sup>**

**Legítima defensa de derechos laborales  
Estado de necesidad  
Inexigibilidad de otra conducta**

**Alfonso Hernández Molina  
Santiago, 2011.**

## **SÍNTESIS**

*Frente a una realidad legislativa y funcionario-conductual (administrativa y judicial), que desfigura el Derecho del trabajo, desconociendo principios, desperfilando valores y perturbando el logro de sus fines, se observa que la Dogmática, o ciencia del Derecho, con su consustancial actitud crítica, puede desarrollar un papel colaborador –no único– en su encauzamiento.*

*Sin desconocer el marco político del estudioso y del intérprete (y su dependencia), los conocimientos jurídicos ya cultivados, que continúan latiendo en la doctrina y cultura jurídica, proporcionan un elenco de instrumentos que pueden servir para aquella tarea.*

*Dogmática que puede aprovechar los especiales factores y elementos que dan vida al Derecho del trabajo, especialmente su ratio o razón de ser, a saber, nivelar desigualdades reales. Y de métodos de interpretación que comprendan no sólo los tradicionalmente utilizados, sino aquellos tales como el teleológico, que, considerando esos factores y elementos, se inspiran en una concepción finalista del Derecho.*

*Más aun, ampliando el tradicional horizonte de estudio hacia normas jurídicas generales, enfocan, para su ejercicio en el Derecho laboral, a las causas de justificación conductual, preceptos que, abarcando e influyendo sobre todo el Derecho, sólo por causa histórica son albergados en la legislación penal.*

*Proporcionan datos para la tarea dogmática en el Chile de hoy; para recordar -y operar- el rol crítico y dinámico de esta ciencia, que anime a ver, a su vez, más allá de la letra de la ley encerrada en la rúbrica laboral, contribuyendo al avance del efectivo reconocimiento y aplicación del Derecho del trabajo.*

...

---

El fondo de portada reproduce un detalle del trozo de basalto que contiene el *Código de Hammurabi*, uno de los textos legales más antiguos que se conoce (se data hacia el 1.700 antes de Cristo). Ya sentaba bases de una “*filosofía*” de vida conveniente para el sector dominante: las cosas “*eran como eran*” y nadie podía ni debía atreverse a variar el orden de lo establecido por la voluntad –entonces–, de los altos y ocultos dirigentes divinos.

<sup>1</sup> Estudio presentado el 28 de noviembre de 2011, durante el X Encuentro de Abogados Laboralistas y Asamblea General de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, ALAL, celebrado en Santiago de Chile, titulado LA REIVINDICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA JUSTICIA SOCIAL FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN, en la Mesa que abordó el subtema *La Reivindicación del Derecho del trabajo, la Carta Sociolaboral*.

## **CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

- I. TRABAJADORAS Y TRABAJADORES: ¿FINES O MEDIOS?  
DIGNIDAD PERSONAL COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO Y  
LÍMITE DE LA LEY**
- II. MOVIMIENTOS SOCIALES Y SU EFECTO EN LA LEGALIDAD CHILENA**
- III. VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN EL TRABAJO DEPENDIENTE.  
NORMATIVA LABORAL QUEBRANTADA Y DESVIRTUADA**
- IV. INTERPRETAR, CONSTRUIR Y SISTEMATIZAR EL ORDENAMIENTO  
LABORAL.  
LA DOGMÁTICA, CIENCIA DEL DERECHO O CIENCIA JURÍDICA  
LA DOGMÁTICA NO PUEDE SER ACRÍTICA NI CONSERVADORA**
- V. PAPEL QUE PUEDE DESENVOLVER LA DOGMÁTICA LABORAL**
  - 1. LA ACTIVIDAD QUE NO VULNERA EL CONTENIDO DEL DERECHO NO  
PUEDE SER CONTRARIA AL DERECHO**
  - 2. ILICITUD POSEE ÍNDOLE Y EFECTO GENERAL**
  - 3. EL DERECHO LABORAL ES MÁS QUE LA LETRA DE LA LEY.  
JUSTIFICACIÓN LEGAL Y JUSTIFICACIÓN SUPRALEGAL**
  - 4. MEDIO "NO CONVENCIONAL" NO IMPLICA CONTRARIO AL DERECHO**
  - 5. LA LEGÍTIMA DEFENSA**
    - a) Bienes esenciales sin defensa estatal**
    - b) Remuneraciones, cotizaciones y amparo del derecho de propiedad**
    - c) Ejercicio arbitrario de la función pública fundamenta defensa legítima**
    - d) Resistencia y desobediencia**
  - 6. EL ESTADO DE NECESIDAD**
  - 7. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

...

### **INTRODUCCIÓN**

*La dignidad personal – radicada en la consideración del ser humano como fin en sí mismo- se enfoca en su proyección vital, es decir, el trabajo. Por necesidad debemos laborar para otros, bajo dependencia y subordinación. En tal desequilibrio, incluso establecido legalmente, con mayor razón aquél debe ser el bien jurídico principalísimo a tutelar.*

*Pese al desdén en atender fuentes jurídicas reales, el principal factor generador del Derecho del trabajo ha sido -y son- las luchas económicasociales. El movimiento sindical chileno influyó, decisivamente, en forjar legalidad ajustada al Derecho laboral, en suministrarle contenido. Lo reconocen, incluso, intelectuales conservadores. Luchas*

motivadas, para algunos, en "utopías", lograron incorporar a la vida en común mejoras sociales que las honran.

Sin embargo, la imperante realidad legal chilena, configurada tanto por la legislación como por su elección e interpretación para su aplicación práctica, especialmente a nivel funcionario y alto-judicial, desvirtúa principios, valores y finalidades esenciales de esta área jurídica. Frente a ella, se percibe que la ciencia del Derecho laboral, la Dogmática laboral, puede jugar un papel valioso; aunque hoy se percibe lastrada, no avanzando en hacer más humano el mundo del trabajo y acercar Justicia social. Es que, entre otras barreras, su interpretación oficial (administrativa y judicial), persiste en aplicar principios y preceptos de Derecho civil que, en no pocos casos, acentúa, en el trato estatal, la desigualdad real de ambas partes. ¿Porqué civilismo y no estado de necesidad?; ¿y, por qué ya, dentro del civilismo, no se atiende la fuerza moral o el dolo de la parte patronal como vicio de la voluntad del trabajador contratante?

Procede observar causas y motivaciones, y considerarles al momento de focalizar bienes jurídicos laborales, al interpretar los preceptos que los reconocen y regulan, y al juzgar conductas del trabajador dependiente cuando implican su defensa diaria. Más incluso si tenemos en cuenta que las instituciones que excluyen la antijuridicidad de un acto son comunes a todo el Derecho; en efecto, las causas de justificación, entre ellas la legítima defensa y el estado de necesidad, imponen normas generales y constituyen reglas válidas para todo el Ordenamiento jurídico; sólo por costumbre legislativa (o acomodo), se las sitúa en la legislación penal<sup>2</sup>.

Los efectos prácticos de un progreso dogmático en tal sentido pueden ser mayores ¿Por qué entonces, no podría defenderme, de hecho, de acciones de apropiación indebida de mis cotizaciones previsionales (propiedad), si es que puedo defenderme de un robo directo, confiando que mi acto defensivo se considere jurídicamente justificado?

Conductas de defensa legítima de derechos, acciones bajo estado de necesidad, o actos contrarios a Derecho pero jurídicamente irreprochables por serles inexigible otro comportamiento, los trabajadores los han ejecutado por siglos y hasta hoy, todos los días. De allí, la noción de su regulación al final de estos párrafos, recordando de que requieren su aplicación.

**I.**  
**TRABAJADORAS Y TRABAJADORES: ¿FINES O MEDIOS?**  
**DIGNIDAD PERSONAL COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO**  
**Y LÍMITE DE LA LEY**

Laborando con normas conductuales -y proposiciones sobre ellas- en una disciplina cultural que, por tanto implica valores y fines, desde un comienzo se impone confesar el concepto que de la persona se posee, el concepto de dignidad personal.

Mujeres y hombres somos sujetos de fines; portadores, así, de dignidad y de libertad, opuesta a la pretensión de cualquier poder patronal, o política económica laboral que quisiese tratarnos como medio o precio de fines ajenos.

Respetar la dignidad personal evidencia el reconocimiento, en el ser humano, de su calidad de fin en sí, de no ser medio ni deber ser tomado como medio para fines

<sup>2</sup> Eduardo NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal chileno*, Parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, pág. 341.

extraños o ajenos a él. Es decir, su derecho, en ejercicio racional de su conocimiento y voluntad, de trazarse un plan de vida, proponerse fines propios que alcanzar o a los que tender, respetándole, por ende, el fuero de la conciencia<sup>3</sup>, esto es, la peculiar entidad intelectual y moral, y la capacidad de autodeterminación, es decir, la libertad de cada uno<sup>4</sup>.

Concepto que se proyecta a las relaciones jurídicas, constituyendo los "*principios del Derecho justo*" (STAMMLER). Por una parte, los del *respeto*, en cuanto una voluntad no debe nunca depender de lo que otro arbitrariamente disponga, y que toda exigencia jurídica siempre debe reconocer en el obligado al prójimo. Por otra parte, los de la *solidaridad*, que prohíben que un miembro de la comunidad sea excluido de ella por la arbitrariedad de otro, y que el poder de disposición jurídicamente otorgado sólo podrá excluir a los demás de tal modo que en el excluido se siga viendo al prójimo<sup>5</sup>.

Esto es, el Derecho debe garantizar que reconozcamos en la relación con otros su calidad de sujetos de fines, es decir, de seres humanos, y que nadie considere a otro como un simple medio o instrumento, del que le quepa servirse como si fuese una cosa.

De allí, y siendo el Derecho una creación humana, posee las características constitutivas y diferenciales de la persona y de su obrar; le animan valores y persigue fines, es valorativo y finalista. Esto marca su esencia y origina efectos. La ley escrita permite captar lo jurídico, pero lo que verdaderamente lo constituye es el complejo de valores que inspiran, de principios que informan y de fines a que tiende el respectivo Ordenamiento<sup>6</sup>. Por tanto, su interpretación debe observar, precisamente, los principios informadores, los valores y los fines a que propende tal Ordenamiento. Jerarquizando y priorizando unos bienes por sobre otros, la dignidad debe ser primer bien a tutelar, el más valorado; factor inspirador, respecto del cual los otros se deben subordinar en la específica reglamentación<sup>7</sup>.

Tal concepción produce consecuencias mayores. Un régimen político laboral respetuoso de la dignidad humana debe asentarse en ella y desenvolverle. La política económica y los intereses patronales o empresariales no pueden ni deben condicionar al Derecho del trabajo, o desvirtuarle, reduciendo a la parte trabajadora a simple mercancía u objeto de comercio.

## II.

### MOVIMIENTOS SOCIALES Y SU EFECTO EN LA LEGALIDAD CHILENA

El cuerpo de la precedente legalidad laboral chilena fue forjado especialmente por luchas sociales. El movimiento sindical chileno incidió medularmente en la legalidad laboral del siglo XX, le proyectó valores, alentando el reconocimiento de bienes, luego jurídicamente tutelados.

<sup>3</sup> La importancia implicada en tal enunciado se constata, por ejemplo, en la toma de posición respecto de revisiones personales practicadas por la parte patronal.

<sup>4</sup> El fondo kantiano armoniza con la corriente filosófica que, ya desde el siglo XIX, ha promovido tales luchas: la persona es siempre un fin, nunca un medio.

<sup>5</sup> Rudolf STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de la segunda edición alemana por Wenceslao Roces, Reus, Madrid, 1930.

<sup>6</sup> Por ello, no puede existir neutralidad científica. La creación jurídica -no sólo la laboral-, es una empresa política, índole que repercute en su aplicación y su enseñanza. En nuestro ámbito no existe la asepsia política; como advirtió RIVACOBA, las actitudes que se sienten o proclaman neutrales, o son hipócritas o son inconscientes. Incluso, la función política en que consiste la creación del Derecho alcanza por igual o más al que aconseja o asesora que al que legisla.

<sup>7</sup> De procederse así, se garantizaría estabilidad real en el empleo, eliminando el método de exclusión laboral, encubierto en el artículo 161 del Código.

Entre otros efectos, las reclamaciones sindicales transformaron la vida jurídica chilena entre los años 20 y 70 del siglo XX. El aporte del movimiento sindical a la legalidad laboral chilena es notable, al punto que es un historiador conservador<sup>8</sup> quien lo reconoce, extrañándose que ningún jurista advirtiera en dicho medio siglo la enorme transformación de la vida jurídica que se operaba a través de las reclamaciones gremiales<sup>9</sup>. *"Pero reconocerlo así habría supuesto reconocer en la acción gremial y, en general, en la lucha de cada sector o grupo dentro de la población por elevar su propia condición un contenido constructivo..."*.

En sí mismas, las reclamaciones gremiales tuvieron un contenido distributivo. Su objeto propio era obtener derecho a lo que aún no se tenía. *"El derecho extralegal fue cada vez más importante, aunque las leyes y los estudiosos del derecho legislado lo ignoraron"*.

Leyes exoradas, originadas en luchas sociales, son las que estructuran en Chile la legislación social del siglo XX. Estamos *"ante una ley reclamada desde abajo por los propios interesados y dictada por los gobernantes a instancias suyas, con o sin concurso del parlamento [...]. En ese sentido cabe hablar de una ley exorada, más bien que de una ley impuesta por la sola iniciativa de los gobernantes. En un caso sus destinatarios son simplemente sometidos a la ley, en el otro son ellos mismos, o al menos una porción representativa de ellos, quienes la reclaman. Esto solo basta para conferir a la ley exorada un carácter que la ley impuesta no tiene por sí misma: el de instrumento para elevar la condición de sus destinatarios frente a la generalidad de la población. Por eso esta ley exorada no tarda en convertirse en uno de los medios más eficaces para generar la llamada legislación social"*<sup>10</sup>.

### **III. VIOLENCIA INSTITUCIONAL EN EL TRABAJO DEPENDIENTE. NORMATIVA LABORAL QUEBRANTADA Y DESVIRTUADA**

En el Chile de hoy, el ejercicio práctico de derechos laborales, inclusive aquellos reconocidos y garantizados internacionalmente, posee enormes barreras, radicadas en el favorecimiento de los intereses de una de las partes de la relación, privilegios generados especialmente mediante una legislación nacional que vulnera principios y normas del Derecho laboral<sup>11</sup>, y en orientaciones oficiales y conductas funcionarias

<sup>8</sup> Bernardino BRAVO, *Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile 1924-1973*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, págs. 89, 92 a 94 y 119.

<sup>9</sup> En verdad, al menos desde los años sesenta, Eduardo NOVOA y otros juristas sí lo habían observado y valorado.

<sup>10</sup> Un caso entre muchísimos: el sueldo vital obrero, y la represión de infracciones económicas patronales (tales como la especulación), son fruto de movilizaciones de julio de 1955, según lo avisa Gabriel SALAZAR, en *La violencia política popular en las grandes alamedas*, segunda edición, Lom, Santiago, 2006, pág. 205.

<sup>11</sup> Consideremos la ley 19.010, que instaló el despido por *"necesidades de la empresa"* (hoy cobijado en el artículo 161 del Código laboral, levemente modificado, no en su esencia), regulación que, tal como lo revela su Mensaje presidencial (100, de 1990, párrafo 8º), derechamente buscó –y logró– brindar amplias facultades para la patronal, de cese inmediato de contratos individuales.

Entre muchos y graves, además de la recién citada protección del libre despido patronal, encontramos: la desfiguración del órgano fiscalizador (con su falacia de la *"autorregulación"*); el concepto oficial de ingreso mínimo mensual; conservación de subcontratación laboral (ley 20.123, de 2006); limitación de elecciones con fuero, de directorio sindical (ley 19.630, de 1999); imposición de funciones múltiples (ley 19.759, de 2001); registros personales; reglamento interno de orden, higiene y seguridad (mayor poder patronal); igualdad remuneratoria no garantizada (ley 20.348, de 2009); fragmentación del pago de remuneraciones adeudadas (ley 20.058, de 2005); fragmentación del pago de indemnizaciones adeudadas (ley 19.759, de 2001); negociación colectiva desequilibrada (artículos 303 y ss. del Código laboral); el seguro de cesantía: libre despido financiado por los propios afectados, y la denominada *"comisión de usuarios"* (ley 19.728, de 2001). Véase, del autor, *Vicios en la legalidad laboral chilena*, en [VICIOS EN LA... \(pulse sobre texto\)](#).

alentadas por grupos de poder, misión funcionaria que, debiendo interpretar la ley laboral según los parámetros del Derecho del trabajo, y fiscalizar su cumplimiento debidamente, actúa priorizando la posición e intereses del régimen económico y del sector social beneficiario de él<sup>12</sup>.

Por su parte, el contenido de resoluciones que sobre litigios laborales expiden los tribunales superiores del aparato judicial también exige estudio. En lo que atañe a los tribunales laborales de base, los abusos patronales se acreditan en ínfima parte, sancionándose casi exclusivamente actos muy evidentes, y que han sido puestos de mero ejemplo en la ley. Observando cuáles conductas patronales son judicialmente consideradas como infractoras, en su casi totalidad se limitan a actos tales como no descuento a beneficiarios de contratos colectivos, no sindicalizados, del 75% de cuota sindical, o no proporcionar trabajo convenido a sindicalistas, actividades ilícitas muy básicas; no considerando las muchísimas otras acciones denunciadas que, aunque no están descritas específicamente en la ley laboral, ésta misma las refiere y califica de contrarias a Derecho, al expresar, ya en el encabezado del artículo 289, que "*Serán consideradas prácticas desleales del empleador, las acciones que atenten contra la libertad sindical*"; y, a modo de ejemplo, a continuación expresa que "*Incorre, **especialmente** en esta infracción*", describiendo algunas de dichas actividades.

Este proceder alimenta la impunidad de otras muchas conductas abusivas, antisindicales y contrarias a la negociación colectiva. En lo que atañe a estos procesos negociadores, los caminos reglados han sido cercenados y son previsiblemente ineficaces. Con vías de acción debilitadas debido a la conducta legislativa y funcionaria<sup>13</sup>, no se puede avanzar en el mejoramiento de condiciones de trabajo y de remuneraciones y, así, en la redistribución del ingreso nacional, acentuando su concentración, como dramáticamente lo acreditan, año a año, los diferentes informes de órganos internacionales.

La Justicia social hoy se divisa muy lejos. El retroceso sindical repercute en toda la sociedad chilena.

Conductas y omisiones de aparatos del Estado, que niega o retarda el servicio público para el ejercicio o el respeto de derechos. La llamada Constitución Política obliga a actuar prestando tutela básica a los ciudadanos. El Estatuto administrativo obliga a actuar a todo funcionario público. El cuerpo normativo orgánico de la Dirección del Trabajo<sup>14</sup> obliga a proceder proactivamente, y a prestar el servicio de fiscalización y tutela; más cuando el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, le ordena actuar.

En efecto, este último Pacto define la misión fundamental del sistema de Inspección del Trabajo: "*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre las horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines*" (art. 3, letra c). Interpretando esta disposición jurídica internacional, la propia OIT expresa que no se ha querido hablar simplemente de verificar o de promover la aplicación de las disposiciones legales; al utilizar la expresión "*velar por el cumplimiento de las disposiciones legales*",

---

<sup>12</sup> Respecto del órgano administrativo, instaló la "*bilateralidad*" como principio rector de sus actuaciones -incluso contra ley expresa-, con lo cual trata como *iguales* a dos partes totalmente dispares en lo que atañe a su poder y capacidad, desvirtuando principios y torciendo fines del Derecho laboral. Véase, del autor, *La Dirección del Trabajo y el papel de sus funcionarios clave en las relaciones laborales*, en [LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO Y... \(pulse sobre texto\)](#).

<sup>13</sup> Esto es, no sólo por su regulación legal, sino por la interpretación que de sus normas realiza la Dirección del Trabajo, y por el modo de proceder que instruye a sus empleados.

<sup>14</sup> Decreto con fuerza de ley 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

se procura destacar que *"estas palabras indican claramente que incumbe a la Inspección del trabajo obtener su aplicación **efectiva**"*<sup>15</sup>.

Sin embargo, el proceder del aparato intérprete y fiscalizador chileno es diferente. Un ejemplo, de entre muchos, invocando orientaciones y doctrina civilista para negar derecho a gratificación: *"La Corporación por la cual se consulta,... es una persona jurídica de derecho privado..., [y] no se genera en ella la obligación de gratificar a sus dependientes [...]. En efecto, en lo que dice relación con el lucro en la institución en comento, cabe señalar que el tratadista Luis Claro Solar, en su obra 'Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado', Volumen II, de las personas, pág. 517, ha señalado: 'La Corporación, como persona jurídica, persigue un interés colectivo distinto de los intereses individuales de sus miembros, un interés ideal no de lucro para ellos y que corresponde a las múltiples actividades del ser humano, religiosas, científicas, literarias, artísticas, caritativas, recreativas, sociales, de desarrollo físico, etc. y se le concede la personalidad para que pueda ejercer derechos y contraer obligaciones civiles que le permitan realizar ese interés'"*<sup>16</sup>.

O que revive, tácitamente, el mito de la autonomía de la voluntad en la contratación, para desentenderse de actuar en casos concretos, tratando a las partes como iguales en fuerza real: *"[La Dirección del Trabajo] estima aconsejable al caso procurar que cláusulas convencionales suscritas por ambas partes y que en la práctica han resultado lesivas para los trabajadores, sean modificadas o dejadas sin efecto razonadamente y por consentimiento mutuo de las partes involucradas, evitando intervenciones administrativas -que a la postre- pudiesen resultar más perturbadoras que la situación que se pretende remediar [sic]"*<sup>17</sup>.

Hay más. Como uno de muchos casos indicativos, a propósito de la práctica ejercida por sindicatos, de reiterar elecciones de directores (método creado por los trabajadores para defenderse -con el fuero legal- de despidos arbitrarios alentados y protegidos por el mecanismo del artículo 161), mediante *memorándum* 167, de 31 de octubre de 1995, y planteándole como un *"problema"*, el Jefe de su Departamento de organizaciones sindicales solicitó a la Dirección nacional un *pronunciamiento*, en orden a determinar si al mismo le asistían facultades para impedir el uso *"excesivo"* (la expresión utilizada revela el prejuicio, calificación con la cual, de antemano, desvaloraba el proceder), por parte de las organizaciones sindicales, de la norma contenida en el artículo 248, inciso 1º, del Código del trabajo.

Posteriormente, la regulación apareció modificada (ley 19.630, de 1999), restringiendo el ejercicio con fuero de tales elecciones: *"En una misma empresa, los trabajadores podrán gozar del fuero a que se refiere este artículo, sólo dos veces durante cada año calendario"*.

Constituyen barreras institucionales para ejercer derechos esenciales, que en su práctica diaria envuelven violencia institucional. Efecto devastador de tal violencia es el disminuir -o anular- el potencial de realización laboral (y así personal).

En la legislación comprobamos preceptos que, confesadamente por sus autores, dan amplio margen de arbitrio a la parte patronal, permitiendo, por ejemplo, el despido inmediato (incluso por pedir lo justo, o por no querer ejecutar más horas de las

<sup>15</sup> *La Inspección del trabajo, Manual de educación obrera*, OIT, Ginebra, 1986, pág. 12.

<sup>16</sup> Dictamen 116/017, de 1998.

<sup>17</sup> Dictamen 5370/312, de 1999.



lícitamente exigibles), sirviendo a la intimidación colectiva y a impedir el ejercicio del derecho de sindicalización<sup>18</sup>.

O que, indirectamente, debido a la necesidad, obligan a aceptar el fraccionamiento del pago de remuneraciones e indemnizaciones. O tolerar un finiquito irregular, documento urgente, imprescindible para pretender otro empleo. O que se desajuste los procesos de negociación colectiva, desvirtuándole como método para redistribuir con justicia los frutos que el esfuerzo de los propios trabajadores genera.

En este último ámbito, y sobre el derecho de huelga, Chile es caso excepcional en que su legislación faculta a los patrones para reemplazar trabajadores durante su ejecución. Este poder empresarial restringe el derecho de huelga y la libertad sindical, detrimento avalado judicialmente. En 2007, la Corte Suprema consideró que una empresa de transporte interurbano que reemplazó a huelguistas *"mediante su sustitución por otros dependientes de la misma empresa"* no ha infringido la ley, por lo que *"no se ha producido la figura que sanciona el artículo 381 del Código del Trabajo como práctica desleal"*. Con ello, restringe al derecho fundamental, declarando ilegal sólo la contratación externa, y no la sustitución interna, apartándose del principio interpretativo de Derecho Internacional, sobre normas de derechos fundamentales *"pro persona"*, mediante el cual *"la formulación y alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva"*<sup>19</sup>.

Tales pronunciamientos se acompañan de una política gubernamental que alienta el favor patronal. Hace unos años, oficialmente se creó un llamado *Consejo Asesor Presidencial de Equidad y Trabajo*; invocaba *"mejorar la distribución del ingreso y las políticas públicas tendientes a ese fin"*. No obstante, actuó de otro modo. El *Informe sobre derechos humanos en Chile*, de 2008, acusa textualmente: *"la actitud pasiva del gobierno ni siquiera ha cambiado ante la solicitud directa de organismos especializados de esa comunidad, como la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU y la Comisión de Expertos de la OIT, quienes le han solicitado la remoción de las restricciones legales y normativas..."*<sup>20</sup>.

*"El gobierno de Chile, a través del Ministerio del Trabajo, no respondió la consulta efectuada por los investigadores de este Informe, en el sentido de que se señalara 'qué acción, plan o propuesta ha efectuado o se encuentra en vías de efectuar el Gobierno para dar cumplimiento a las reiteradas solicitudes de la OIT en las materias arriba señaladas, en particular las que dicen relación con derogar o modificar algunas o todas las normas legales objetadas por el referido Organismo Internacional'"*<sup>21</sup>.

Tal Consejo presidencial tampoco respondió acerca de *"si el Gobierno le ha solicitado a ese [Consejo] medidas o planes de acción que apunten a cumplir con las solicitud"*

<sup>18</sup> Revelando la utilización del trabajador como medio para objetivos ajenos, para la intimidación colectiva, podemos retratar esta realidad en una frase: *"Te despido no por haber faltado a alguna obligación contractual, sino para que los otros trabajadores sientan miedo y no organicen un sindicato"*.

<sup>19</sup> Cecilia MEDINA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2005, pág. 45.

Derivado en ese principio es que *"la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción"*.

Excelente es el estudio emitido en 2008, denominado *"La huelga como derecho fundamental"*, inserto en el volumen *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, 2008, págs. 135 y ss.

<sup>20</sup> *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, citado, pág. 174.

<sup>21</sup> Carta a Osvaldo Andrade, entonces Ministro del Trabajo y Previsión Social (28 de abril de 2008).

efectuada por la Organización Internacional del Trabajo para la derogación o modificación de las normas legales según el texto recién transcrito”<sup>22</sup>.

Y, en las propuestas comunicadas por dicho Consejo, no se contempló “ninguna medida o acción para fortalecer el ejercicio del derecho fundamental de huelga, ni para la remoción de las restricciones solicitadas por los organismos internacionales...”<sup>23</sup>.

Esta realidad se acompaña de mecanismos legales denominados de *mediación* o *buenos oficios*, y métodos de reclamo, administrativo o judicial, que, a sabiendas y previsiblemente, son tardíos o ineficaces, o sólo resarcan muy parcialmente daños graves. Vías ostentadas o exhibidas por la legalidad chilena, pero cercenadas en su eficacia por ella misma.

No es exagerada la afirmación de que quien desobedece el Orden jurídico, o el Derecho, es el Estado mismo, que no respeta ni hace respetar derechos fundamentales.

La violación de derechos esenciales, por una estructura legislativa que los desvirtúa en su ejercicio, y por la conducta de funcionarios clave, que inhibe su defensa, envuelve violencia institucionalmente ejercida y respaldada. Aumenta el desequilibrio de la relación laboral dependiente, nexo esencial y sensible, acentuando, así, el desajuste en las oportunidades vitales. La regulación legal **real** (la norma y su previsible aplicación concreta), de las relaciones laborales ofrece más ventajas a los ya aventajados, y desmedra a los ya desmedrados (la parte trabajadora), reforzando privilegios preexistentes o anteriores al contrato.

Realidades semejantes se refugian en el aparato público, en donde actividades de coerción político-electoral sobre trabajadores tiene acreditación en una resolución contralora<sup>24</sup>, ejecutadas por jefaturas para forzar proselitismo electoral, practicadas bajo un desequilibrante régimen de contratación laboral (honorarios), que facilita el control del trabajador incluso en sus conductas más personales.

Violencia que en un primer momento se traduce en permitir el quebrantamiento de derechos esenciales, sea mediante la telaraña legislativa que ampara dicho abuso, sea mediante la colaboración funcionaria para su transgresión. No obstante, puede transformarse en violencia física directa, reprimiendo a grupos mayores de trabajadores cuando se manifiestan colectiva y públicamente, ejerciendo su derecho de opinión, expresión y petición, y la legítima defensa de derechos laborales.

Colabora a la pérdida de identidad, y al abuso, un lenguaje tendenciosamente impulsado, cuya significación resulta contrapuesta a los intereses de la parte trabajadora. Al régimen neoconservador le llaman “*modelo*”; al despido, “*desvinculación*”; a realidades laborales, “*mercado de trabajo*”, u “*oferta y demanda*”, pese a que envuelve derechos y no mercaderías prescindibles. Las palabras importan; siembran otro concepto en los trabajadores, quienes, erróneamente, van convenciéndose de que no tienen facultades y, así, no las ejercen. Mermando su identidad como titular de derechos básicos, convenciéndole de que son *mercancía*, queda campo libre para acentuar su explotación.

<sup>22</sup> Carta a Patricio Meller, presidente Consejo Equidad y Trabajo (28 de abril de 2008).

<sup>23</sup> Informe anual sobre derechos humanos en Chile, citado, pág. 174.

<sup>24</sup> Contraloría Regional Valparaíso, resolución exenta 411, de 31 de diciembre de 2009. Véase: **COERCIÓN POLÍTICO LABORAL Y DEBERES ADMINISTRATIVOS (pulse sobre texto)**.

El sumario se inició transcurrido más de un año desde la denuncia (agosto de 2006), retraso muy ilustrativo del mermado aprecio imperante hacia la integridad del trabajador, incluso del servidor del Estado.

**IV.  
INTERPRETAR, CONSTRUIR Y SISTEMATIZAR  
EL ORDENAMIENTO LABORAL.  
LA DOGMÁTICA, CIENCIA DEL DERECHO O CIENCIA JURÍDICA**

A veces olvidamos que el saber filosófico fundamenta y orienta el conocimiento dogmático; y que mucho aportó en la gestación del Derecho social, localizando o reconociendo el vínculo de los estudios jurídicos con la circunstancia colectiva, enfrentando, así, al conceptualismo. Como consigna GUZMÁN, ya a fines del siglo XIX, y comienzo del XX, con vientos renovadores en el pensamiento jurídico, intelectuales de nota entendían imposible continuar concibiendo el Derecho como una unidad cerrada sobre sí misma, como si se tratase de un ente dotado de existencia autónoma respecto del hombre, la comunidad y el mundo circundante. "A esa deliberada desatención a los fines, característica del conceptualismo, parecía menester confrontar una disposición metódicamente dirigida a y preocupada por el contenido material de las normas jurídicas, los requerimientos a los que responden, su origen y su vinculación con el entorno social"<sup>25</sup>. Y el aliento de estas concepciones resultó esencial para que germinara un Derecho colectivo, del cual destacó el laboral.

Una coherente descripción de la Dogmática<sup>26</sup> continúa siendo la que proporcionó RADBRUCH ya en la primera mitad del siglo XX, que armoniza con su matriz de la escuela de Baden o sudoccidental alemana, localizando valores, contenidos y relaciones en el Derecho y su estudio<sup>27</sup>.

La ciencia jurídica en sentido estricto, o sea la ciencia dogmática o sistemática del Derecho, versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo. Abordar tal "sentido objetivo" le diferencia, por ejemplo, de la historia del Derecho; y enfocar tal "Derecho positivo", le distingue de la filosofía del Derecho. Aun así, como cualquier ciencia -e incluso con mayor fuerza que otras-, requiere una fundamentación filosófica, y, tratándose de una actividad de cultura, una fundamentación histórica<sup>28</sup>.

La elaboración del Derecho positivo en forma de ciencia jurídica se desarrolla en tres etapas: interpretación, construcción y sistematización.

La interpretación jurídica indaga el sentido objetivo del Derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea, el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. Esto es lo que distingue a la interpretación jurídica de la interpretación filológica, la cual es siempre un repensar de algo anteriormente pensado. La interpretación jurídica, por el contrario, consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso del pensamiento. Esta es una ciencia práctica, llamada a dar respuestas inmediatas a toda pregunta jurídica, sin que

<sup>25</sup> José GUZMÁN DÁLBORA, en el prólogo de su traducción, del alemán, de la obra de Max Ernst MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 13.

<sup>26</sup> Aunque induce a equívocos, para la ciencia del Derecho se ha conservado la denominación de "Dogmática" jurídica; le favorece el que, cualquiera sea la opinión que originen, las normas jurídicas se imponen en su rasgo imperativo, "como los dogmas a los creyentes en las respectivas religiones".

<sup>27</sup> No participamos en verla como instrumento que -por esencia- reproduce, acrecienta o refuerza la eficacia del control social, con un sentido eminentemente conservador. Aun sin querer, tal concepción precisamente ocasiona -o refuerza- lo que aduce, al desalentar su cultivo por estudiosos vinculados o comprometidos con los problemas colectivos.

<sup>28</sup> Sometiéndose al concepto de RADBRUCH, formula tal alcance Manuel DE RIVACOBBA, en el prólogo a *Las causas de justificación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 16.

pueda negarse a contestar, por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer<sup>29</sup>.

La finalidad de la construcción jurídica es la reestructuración de toda una institución partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento, es decir, la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo. Para RADBRUCH, es la piedra de toque para comprobar la ausencia de lagunas y contradicciones en las normas referentes a una determinada institución jurídica.

Tal construcción se opera, la mayor parte de las veces, desde el punto de vista de determinados fines jurídicos (construcción teleológica).

Finalmente, la sistemática jurídica es a partes más extensas del Orden jurídico lo que la construcción es a una institución jurídica determinada: el desarrollo de las normas concretas de todo el Orden jurídico, o de una de sus partes, en base a una única idea<sup>30</sup>.

En resumen, la Dogmática se desarrolla y realiza mediante tres cometidos o fases: la interpretación de la norma, la construcción de las instituciones y la sistematización del Ordenamiento en su conjunto. La primera capta el sentido objetivo de aquéllas; la segunda, atendiendo a su fin concreto, reduce a unidad armónica de conceptos las diversas formas referentes a una misma institución; y, en la última, se capta la unidad normativa del Ordenamiento, orientada de modo práctico a la regulación de conductas.

Su objeto es mucho más que la observación y ordenación conceptual de la ley. Siendo la reconstrucción científica de un determinado Ordenamiento jurídico, reconocemos que enfoca el Derecho efectivamente existente, tal cual es; sin embargo, tal Ordenamiento no envuelve exclusivamente la legislación, ni tan sólo las otras "*fuentes formales del Derecho*", sino que comprende, asimismo, el complejo de valores, principios, exigencias y finalidades reconocidos por el Estado, que inspiran y fundamentan dicho Ordenamiento. La ausencia en éste de contradicciones internas, su coherencia en sus planos lógicos y valorativos (axiológicos), es decir, su racionalidad, es presupuesto para realizarle plenamente.

## **LA DOGMÁTICA NO PUEDE SER ACRÍTICA NI CONSERVADORA**

Pues bien, el carácter dogmático no libera a la ciencia jurídica de una actitud crítica. Por el contrario, toda labor racional -y la ciencia jurídica lo es- debe ser crítica, señalando los defectos del Ordenamiento y postulando los medios para subsanarlo. Posee, así, al menos dos labores o funciones: una, de crítica de las instituciones que no responden a los requerimientos sociales; la otra, de modificación, afirmativa o constructiva, de gestación de una legalidad (legislación y conducta funcionaria administrativa y judicial), acorde a los principios, valores y fines propios.

Debiendo la tarea científica ser racional, y por ende, crítica, tiene un rol en el avance y perfeccionamiento del Derecho laboral. Se genera, con ello, un proceso dialéctico, una serie indefinida de acciones e influencias recíprocas entre el Ordenamiento jurídico laboral y su estudio científico, nutriendo a éste y tornándole fecundo, al alentar el avance señalado. Simultáneamente le determina a reelaborarse y reacondicionarse, atendiendo a la nueva composición normativa.

El estudio científico -y sus ineludibles consideraciones críticas-, debe formular pautas para su cambio; y, una vez operado, requerirá nuevas observaciones dogmáticas -y por ello críticas-, que deben incidir o influir en otras modificaciones, sembrando una constante secuencia de avance. Por ello es que la Dogmática, incluso condicionada a

<sup>29</sup> Más incluso, ¿podríamos no pronunciarnos sobre el sentido y alcance de un precepto laboral porque no podemos acceder a las actas que consignan lo vertido por los legisladores al discutirlo específicamente?

<sup>30</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción del alemán por Wenceslao Roces, tercera edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1965, págs. 9 y ss.

enfocar a un Ordenamiento, no se rinde a él, sino que interactúa progresivamente, modificándose mutuamente.

El conocimiento científico del Derecho vigente, y su crítica, es el que descubre aciertos y defectos del imperante Ordenamiento jurídico, encauzando, así, a conclusiones político-laborales, que perfectamente pueden cimentar la reforma, e incluso la sustitución radical no sólo del Ordenamiento sino del imperante Sistema jurídicolaboral, sirviendo para constituir uno sustancialmente diverso.

Por el contrario, no es dogmático el proceder que, sin crítica ni renovación, simplemente reproduce -al estilo exegético-, un Ordenamiento<sup>31</sup>. Evidenciando conformismo, se contradice internamente, ya que un objeto no puede estudiarse racionalmente sin localizar sus deficiencias ni proyectar su progreso. Práctica que desvirtúa la Dogmática, menoscaba también la labor de sus cultivadores, reduciéndoles a técnicos.

Encerrarle en el estudio del Derecho vigente, sin atención del futuro, es tendencia que favorece circunstancias y actitudes políticamente conservadoras. El Derecho que debe regir se anuncia ya por el enfoque crítico del Derecho imperante. Es dicha actitud cuestionadora, no resignada ni conformista, la que es capaz de localizar los datos y posibilidades sociales y axiológicas de una comunidad determinada en un momento también determinado de su historia. Entendemos que la ciencia del Derecho laboral debe elaborarse de modo que transforme los conocimientos y anhelos *laborales* en exigencias, y éstas, a su vez, en normas jurídicas, en un proceso en el que estos pasos son necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo.

Ahora bien, que las modificaciones posteriores no se atengan a las soluciones recomendadas no arguye contra el papel dinámico que la Dogmática, en su momento político-laboral, desempeña en las mudanzas del Derecho del trabajo, con aspiraciones de perfeccionarlo, ya que, cuando menos, siempre contribuye a crear el clima social para los cambios jurídicos; así, igualmente termina por cimentar el Derecho que será<sup>32</sup>.

Por lo demás -y como avisamos-, es gracias a dicha actitud crítica que se pueden constatar falacias mayores, tal como la "*autonomía de la voluntad*" entendida como incuestionable axioma, ayudando a limitar, frente a ella, la denominada libertad contractual, por ejemplo, "*mediante una serie de providencias encaminadas a proteger de la explotación a la fuerza de trabajo del individuo económicamente débil*". Es que "*el Derecho social no conoce simplemente personas; conoce patronos y trabajadores, obreros y empleados*". Detrás del concepto abstracto de la igualdad de la persona, en el Derecho del trabajo se dibujan las figuras concretas del patrón y del trabajador.

Reconociéndose estas diferencias, y siguiendo a RADBRUCH, es que se localiza y perfila la posición social, sea de impotencia, sea de poder de los individuos, permitiendo así establecer medidas de protección contra tal impotencia social y poner las trabas necesarias a la prepotencia absorbente. Parafraseándole, la idea central en que el Derecho del trabajo se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades. "*Según el Derecho individualista, la empresa era, simplemente, una suma de contratos individuales concertados entre el empresario o patrono y una serie de obreros desligados entre sí y que se entendía uno a uno con aquél. En el Derecho del trabajo, por el contrario, la empresa y el conjunto de los*

---

<sup>31</sup> Dejando a un lado el culto al "*legislador*", que le ve como ser supremo, omnipotente, libre de control y cuestionamiento, y no como aparato político que en sus decisiones debe representar los intereses colectivos.

<sup>32</sup> Y necesaria para la aplicación del Derecho, ya que, referida al Derecho que es, puede y debe entregar al juez criterios y posibilidades para resolver, fundadamente, casos específicos sometidos a su decisión.

*obreros se enfrentan como entidades colectivas, reconocidas como tales por el Derecho...*<sup>33</sup>.

Si se legisla para el Derecho del trabajo, su reglamentación debe atender a sus razones, esencia y objetivos. Y así también procede sea estudiado e interpretado. Esta concepción, que reconoce y observa los principios que informan, los valores que perfilan, y los fines a que tiende el respectivo Ordenamiento, genera consecuencias prácticas, determinando o encauzando, desde un comienzo, el primer momento dogmático, cual es la interpretación.

Así, en estas tareas, no se debe confundir o identificar Derecho laboral con el tenor literal de sus leyes. Los preceptos deben ceder a la institución laboral a cuyo servicio están, esto es, si se constatan disposiciones que chocan o se oponen con la institución a la que deben servir, pues ante ella deben ceder. Y no se debe confundir enunciados y estructuras; en efecto, observando el valor de los epígrafes, que también implican normas, pueden no guardar carácter imperativo, sino meramente enunciativo o declarativo, pero aun así pueden constituir elementos interpretativos del sistema de la ley laboral.

En definitiva, adecuarse a la ley es adecuarse, más que a su letra, a sus principios y valores, tendiendo a sus finalidades, y a la naturaleza de las instituciones jurídicas del trabajo. Configurando un proceder teleológico, en su interpretación debe considerarse la índole valorativa y finalista del Derecho, y así del Derecho laboral<sup>34</sup>.

*¿Cómo negar que el trasfondo de los preceptos jurídicos lo constituye aquellos dictados y principios, de los que para la comprensión finalista de dichos preceptos no cabe prescindir?*<sup>35</sup>.

La tarea reconstructiva dogmática, incluso en cada uno de sus tres momentos sucesivos, implica faenas siempre vinculadas o conectadas entre sí, gobernadas por aquellos principios finalistas que dan vida y esencia al Derecho laboral.

## **V. PAPEL QUE PUEDE DESENVOLVER LA DOGMÁTICA LABORAL**

Hoy en día, frente a realidad legislativa y funcionaria ya reseñada, la tarea dogmática de orientación progresiva, auxiliándose de las fuentes del Derecho del trabajo, de sus factores generadores e históricos, ajustándose a sus principios, localizando sus valores (bienes jurídicamente reconocidos) y persiguiendo sus finalidades, podría estar jugando un papel valioso.

Es cierto que variados obstáculos se cruzan ante ella. Algunos radican en incoherencias, lógicas o axiológicas, que perturban la faena dogmática, ya que esta necesita un Ordenamiento racional, que guarde coherencia, tanto consigo mismo como con las aspiraciones colectivas.

De los desajustes lógicos, divisamos, por ejemplo, aquellos que, sobre el momento de finalización del contrato individual, laten en lo preceptuado entre diversos artículos del Código laboral<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> RADBRUCH, ob. cit., págs. 161 a 164.

<sup>34</sup> La indagación trabaja, especialmente, sobre los bienes protegidos; esto es, interpreta la ley según los fines del Derecho laboral, localizando sus esenciales objetos de protección.

<sup>35</sup> Francisco BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, citado por GUZMÁN DÁLBORA, en el prólogo de su traducción, del alemán, de la obra de Max Ernst MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, citada, pág. 21.

<sup>36</sup> Podría entenderse que perturban la tarea dogmática aquellas conceptualizaciones incompatibles de una misma realidad. Un caso implica cuándo finaliza un contrato individual, y las fórmulas verbales utilizadas, por una parte, en los artículos 159, 160 y 161, que disponen que aquél "termina" acaeciéndose u operándose los eventos o actos que en ellos

De los axiológicos, que se dan dentro del Ordenamiento, grave es que se valore más (en el efectivo mandato normativo, no en la cosmética verbal), la facultad patronal de administración y organización empresarial, que la dignidad del trabajador, incoherencias que se presentan en el *contenido*, de preceptos de la ley laboral común<sup>37</sup>, y que son reafirmadas por la tendencia interpretativa de la Dirección del Trabajo. Por otra parte, entre los dislates axiológicos que se localizan entre regulaciones del Ordenamiento y las valoraciones sociales, notoriedad mantiene aquella que acoge el libre despido patronal. En estos casos, al intérprete no parece quedar otro camino que denunciarles.

No obstante, se añaden otras barreras, instaladas por la formación y orientación del intérprete. No liberada de la rémora neoconservadora, que también perturba la enseñanza del Derecho del trabajo, sirve a aquélla el llamado *conceptualismo jurídico*; en pocas palabras, la explicación de las reglas jurídicas por medio de simples construcciones conceptuales, sin atender a su finalidad social ni a los intereses implicados<sup>38</sup>.

Con tal proceder, se olvida -u oculta-, que legislar se asienta siempre en una determinada concepción del hombre y en su modo de relación con los demás (sea de igualdad, sea de superioridad o explotación). Que toda actividad normativa (y la legislativa por cierto que lo es), implica elegir, seleccionar, optar por unos valores y no por otros, presupone adoptar determinadas valoraciones que a su vez suscitan intereses; es para su consecución que se diseñan e implementan las normas de conducta envueltas en fórmulas legales.

Sin embargo, la formación jurídica universitaria, desdeñando la realidad social, configura para desempeñarse en un mundo abstracto e idealizado, en el que se convive sólo con normas expresivas de un deber ser; laborándose distraídos con una falacia: que puede trabajarse con la norma jurídica aislándola de su circunstancia; que es un sistema que comprende todo y que se basta a sí mismo; y que puede reducir a una unidad conceptual la realidad normativa del Ordenamiento prescindiendo de cuestionamientos sobre su contenido.

No se considera, debidamente, la fundamentación social, económica, histórica y filosófica de esta rama jurídica, pese a que la desatención por los factores económicos y sociales, los contenidos axiológicos y las directrices finalistas del Derecho laboral, y sus instituciones, lo hace inentendible.

Debemos reconocer que este lastre afecta al estudio y aplicación del Derecho en general. Como observó NOVOA, desde su interior apenas hay intentos destinados a conectarlo con las demás ciencias sociales y a explicar la interrelación que los une. *“Es cierto que desde las ciencias sociales se ha procurado esclarecer el papel del Derecho*

---

mismos se expresan, y, por otra parte, en el artículo 177, modificado por ley 19.844, de 2003: el *“finiquito no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo si...”*.

Ahora bien, revelando el conservadurismo transversalmente imperante, es curioso que el tenor de dicho artículo 177 sólo haya generado críticas a la técnica legislativa en él vertida, y no haya motivado divisar, en él, una especial posibilidad u ocasión para producir interpretaciones y reconstrucciones nuevas respecto de la institución, mediante Dogmática necesariamente prospectiva.

Señala, así, el extendido papel asumido –aun inconscientemente–, como correctores *técnicos*, pero siempre custodios del régimen imperante.

<sup>37</sup> Por ejemplo, la enunciación básica establecida en el artículo 2, sobre respeto a la dignidad personal, y las poderosas facultades entregadas a la patronal en el artículo 154 y ss., previsiblemente amplias en su aplicación; asimismo, el poder de despido inmediato con la sola invocación de una frase en la carta despido (artículo 161).

<sup>38</sup> Lo que lleva a equívocos, localizables en argumentaciones que desvirtúan bienes y fines, contenidas, por ejemplo, en una muy reciente sentencia de la Corte de Valparaíso que, modificando radicalmente un fallo de un tribunal de base, estableció que los contratos suscritos en aplicación del plan social denominado *Plan de Generación de Empleos*, PGE, no deben entenderse regidos por la legislación laboral común, ya que son parte de programas estatales de especial finalidad *“social”*; de allí, sin derecho a pago indemnizatorio, entre otras curiosas consecuencias *“sociales”*.

*en la vida de las sociedades humanas, pero eso se ha hecho muchas veces sin lograr penetrar en la comprensión cabal de lo jurídico. Pareciera que el discurso jurídico y su lenguaje, a veces hermético, surtiera un efecto intimidante para los demás científicos [sic] sociales y que ciertas teorizaciones abstractas, a las cuales ellos no están acostumbrados, tuvieran el efecto de dificultar aquella comprensión”*<sup>39</sup>.

## **1. LA ACTIVIDAD QUE NO VULNERA EL CONTENIDO DEL DERECHO NO PUEDE SER CONTRARIA AL DERECHO**

Ante un escenario de violencia institucional sin mecanismos eficaces de tutela, permanece abierto el camino de la defensa colectiva, más cuando la historia acredita que tales actividades forjaron legalidad ajustada al Derecho del trabajo, esto es, leyes afiliadas a sus principios, que involucraron sus valores y realizadoras de sus fines.

Para asumir una actividad crítica, la Dogmática puede servirse del propio Ordenamiento. Si la finalidad del Derecho es proteger y regular los intereses de la vida humana, y no siendo el interés más que el reflejo subjetivo del bien, es decir, de un objeto valorado positivamente, que realiza un valor, y por ello protegido jurídicamente; y, si por definición, lo antijurídico es lo que contradice al Derecho, no hay real o efectiva contradicción sin que haya lesión, o a lo menos puesta en peligro, de un bien jurídico; pero, además, se necesita que esta lesión, sustancial –destrucción o disminución- o potencial –peligro-, ofenda los ideales valorativos de la comunidad<sup>40</sup>.

El respeto de la dignidad personal es fundamento de toda exigibilidad jurídica, de todo poder jurídico a exigirnos ejecutar una determinada conducta u omitir la realización de otra. Y requiere el reconocimiento de ciertas condiciones de vida para el ser humano, conjunto de condiciones que pueden denominarse “*vida digna*”<sup>41</sup>. Ni la legalidad, ni la autoridad, ni menos un empresario, puede exigir acciones u omisiones ilícitas, o que vulneren tal dignidad.

Aunque las normas internacionalmente acordadas, y ratificadas por el Estado de Chile, hoy no se hagan cumplir, continúan envolviendo mandatos jerárquicamente prioritarios, constituyendo nítidas referencias para que el intérprete divise cuáles son los bienes jurídicos vitales en materia laboral, y aprecie su alcance al momento de interpretar y aplicar la reglamentación.

*“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.  
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*

*3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.*

<sup>39</sup> Eduardo NOVOA, *La orfandad de los mitos*.

<sup>40</sup> “Lo injusto [ilícito] es lo que se opone a las normas de cultura, en que el Derecho se basa, y que se hallan reconocidas por el Estado”. Y como esta tesis no tiene un ápice de metajuricidad, “porque la valoración comunitaria tiene que estar admitida de algún modo por el Estado”, postula la justificación supralegal [...], apoyada en la norma de cultura, precisamente en aquellos casos en que la esfera de justificación señalada por el legislador en el Ordenamiento no cubra todas las posibilidades fácticas que el último, aunque la ley no lo diga, se abstiene de reprobado en tanto en cuanto la cultura que lo informa las ratifique”. José GUZMÁN DÁLBORA comentando la posición de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, en el prólogo de su traducción, del alemán, de la obra de Max Ernst MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, citada, pág. 20.

<sup>41</sup> Comprenden aquellas circunstancias mínimas de orden material, moral y cultural, que permitan a la persona vivir conforme con la especial valía que tiene por pertenecer a la especie humana.



4. *Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses*"<sup>42</sup>.

Más precisamente, se reconoce "el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores. i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos"<sup>43</sup>.

Añádase la producción normativa de la OIT, y se comprobará un sólido cuerpo valorativo con fuerza jurídica, de aplicación preferente y obligatoria.

En lo que atañe al derecho de huelga y a su ejercicio para alcanzar la realización de derechos como los descritos, siendo el chileno un régimen restrictivo, con mayor razón es dable invocar directrices de una de las principales fuentes generadoras, no de la legalidad nacional, sino del Derecho del trabajo, cual es la OIT; organismo internacional que ha explicitado las prohibiciones normativas que *lesionan* el derecho de huelga y el contenido normativo del Convenio 87 sobre libertad sindical. Su Comité de Libertad Sindical<sup>44</sup>, órgano de control cuya misión es conocer, tramitar y resolver las cuestiones concretas planteadas en queja, para determinar si se ajusta o no a los principios de la libertad sindical contenidos, especialmente, en los Convenios 87 y 98, ha expresado:

**a)** "La declaración de ilegalidad de una huelga nacional en protesta por las consecuencias sociales y laborales de la política económica del gobierno y su prohibición constituyen una grave violación de la libertad sindical" (OIT 1996, párrafo 493).

**b)** "Los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en si misma, legal (OIT 1983b, párrafo 217); 'la prohibición general de huelgas de solidaridad podría ser abusiva' " (párrafo 168, OIT 1994a).

**c)** "Los trabajadores y sus organizaciones deben poder manifestar en un ámbito más amplio, en caso necesario, su posible descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros" (párrafo 484, OIT 1996).

**d)** "La prohibición de toda huelga no vinculada a un conflicto colectivo en el que sean parte los trabajadores o el sindicato, está en contradicción con los principios de libertad sindical" (párrafo 489, OIT 1996).

Siendo evidente que el régimen legislativo chileno quebranta el derecho de huelga como manifestación de la libertad sindical contemplada en el Convenio 87 de la OIT (es decir, el Derecho del trabajo), ya se señaló directamente a gobiernos anteriores que: "La Comisión estima que las organizaciones sindicales encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones política económica y social que tienen

<sup>42</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas, año 1948, artículo 23.

<sup>43</sup> Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la ONU, 1966, artículo 7.

<sup>44</sup> Posee base en la Constitución de la Declaración de Filadelfia y las Decisiones del Consejo de Administración, acordadas entre las reuniones 117<sup>a</sup> (año 1951) y 209<sup>a</sup> (año 1979).

consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal<sup>45</sup>.

El derecho de huelga es un elemento central de una sociedad democrática, medular en negociaciones reales con la parte patronal, y para avanzar en la redistribución del ingreso, a nivel de empresa y de sociedad.

“El propósito de los derechos laborales es, precisamente, el de reconocer espacios de dignidad individual y colectiva que reclaman por sociedades más justas”, no el de decoración para la explotación económica.

Tales derechos, por lo demás, no constituyen aspiraciones meramente morales, sino derechos subjetivos reconocidos por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes.

Ejecutar actividades colectivas dirigidas a su custodia no puede implicar actos contrarios a Derecho; defender tales bienes no puede ser ilícito.

A propósito de estas actividades, observamos instituciones que el mismo Derecho ha reconocido como válidas en determinadas circunstancias, y que excluyen lo ilícito del acto. Son las causas de justificación, y entre ellas aparece la legítima defensa y el estado de necesidad. Por otra parte, existe otro grupo que, sin eliminar lo injusto o ilícito del acto u omisión, se entiende que excluyen la culpabilidad de sus autores (causales de inculpabilidad). Incluye la *inexigibilidad de otra conducta*.

Como veíamos, la acción colectiva ha sido medular factor de cambios en la legalidad (legislación y conducta oficial), generando Derecho *extralegal*<sup>46</sup>, y logrando constituir varios de sus intereses como bienes jurídicamente protegidos. Tales acciones colectivas se dieron dentro y fuera del marco legislado entonces imperante, generando preceptos que reconocieron y ampararon instituciones, varias de las cuales han logrado sobrevivir en la legalidad neoconservadora, incluso cuando se les desvirtúe al momento de su interpretación y de su aplicación.

Así, ya en la génesis de la legalidad laboral latan estrategias y métodos que no encuadraron dentro de la letra de leyes entonces vigentes, aunque si guardaron armonía con el Ordenamiento jurídico, en cuanto ejercían derechos básicos. Y, si la acción colectiva late en el Derecho del trabajo chileno, mal puede hacerse Dogmática ignorándole. Respecto de las acciones que tiendan a la defensa de tales bienes, a su promoción o a su reconocimiento -real o práctico-, muy dudosamente pueden ser calificadas de ilícitas. Más aun cuando toda interpretación debe, atendiendo al carácter de los bienes jurídicos recogidos y amparados por el Ordenamiento, exigir en el agente la presencia del ánimo, la intención, el propósito de lesionar, perturbar o poner en peligro tales bienes<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Comentarios suscritos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, al Gobierno de Chile, Convenio 87, párrafo anexo IV, año 2002. Recordemos que la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas es un órgano de control de la OIT, cuya función es evaluar, a partir de informes enviados por países miembros, el cumplimiento de sus tratados internacionales.

Véase, *La huelga como derecho fundamental*, citado, págs. 141 y ss.

<sup>46</sup> Hoy en día palpitan combates locales, aun aislados. Entre ellos, el movimiento ejecutado en el puerto de San Antonio, entre fines de 2010 y comienzos de 2011. Al margen de toda negociación controlada o reglada, y después de 40 días de paro -que abarcó fechas sensibles como Navidad y Año Nuevo-, lograron especiales condiciones de término de contrato, acogidas en *Acuerdos*; reconocieron derechos fuera del estrecho límite reglamentado estatalmente.

<sup>47</sup> Por ello, acciones de movilización pública destinadas a obtener mejoramiento de condiciones de empleo y remuneraciones no contrarían el Derecho. Más cuando si “*sólo se ve la intención de instar por un mejoramiento de las remuneraciones de los trabajadores*”, y no hay en sus ejecutores el propósito de alterar la normalidad de las actividades nacionales como fin (normalidad que constituye el objeto protegido en el Título IV de la Ley de Seguridad del Estado), sus actividades no pueden ser calificadas de ilícitas. Sentencia recaída en proceso iniciado en 1988, por el Ministerio del

## 2. ILICITUD POSEE ÍNDOLE Y EFECTO GENERAL

Las instituciones que excluyen la antijuridicidad de un acto son comunes a todo Derecho. Las causas de justificación, entre ellas la legítima defensa, imponen normas generales para todo el Ordenamiento jurídico, constituyen reglas válidas para todas las ramas de Derecho.

Sólo por costumbre legislativa, inercia -o conveniencia-, se las ha mantenido dentro de la legislación penal<sup>48</sup>. Las justificantes, siendo reglas válidas para todo el ámbito jurídico, derivan -o se deducen-, de los principios relativos a la naturaleza de cada bien jurídico; si ordinariamente se insertan en los códigos penales, no se transforman por ello sola y exclusivamente en leyes penales.

Así, lo que es declarado lícito, vale decir, conforme al Orden jurídico, ha de serlo también para el Derecho laboral, y viceversa. Siendo así, las circunstancias que legitiman un hecho, que le quitan su antijuridicidad para todos los efectos del Derecho, necesariamente han de estar regidos por los principios constitutivos que establecen los bienes jurídicos, y que determinan cómo y en qué forma ellos son afectados por las conductas humanas, principios que no son parte del Derecho penal.

No existiendo una ilicitud particularizada, es decir, civil, laboral, administrativa, fiscal, procesal o penal, sino una antijuridicidad en general, tampoco puede existir una justificación relativa a una rama del Derecho que no posea efectos en otras<sup>49 50</sup>.

Más aun, no debe limitarse las fuentes a la ley. Procede decir la norma jurídica, cualquiera que sea la manera como la norma se manifieste (su fuente formal), ya que poseyendo la antijuridicidad relación de contradicción de un acto con el Ordenamiento jurídico, y no con un sector de él ni con una norma determinada, la justificación puede provenir de cualquiera de sus ramas y puede, en alguna, ser fuente del Derecho la costumbre, logrando conferir facultades o imponer deberes cuyo ejercicio o cumplimiento resulten justificados<sup>51</sup>. Recordemos que en materia laboral la costumbre - o práctica reiterada-, posee importancia suma como fuente jurídica.

## 3. EL DERECHO LABORAL ES MÁS QUE LA LETRA DE LA LEY. JUSTIFICACIÓN LEGAL Y JUSTIFICACIÓN SUPRALEGAL

Las causas de justificación conductual integran la justificación legal, es decir, la establecida y que aparece en la ley; pero existe, o puede existir, otra, al margen de la ley, o sea, supralegal. No significa que se ubique fuera o por encima del Derecho, pues una cosa es lo supralegal y otra muy diversa lo extra o suprajurídico; la ley es sólo una fuente formal de aquél, una manera de manifestarse; y ninguna agota la totalidad del Derecho: "*La existencia de un Derecho supralegal y la precisión de ser tomado en cuenta en la formación conceptual jurídica se reconoce incluso allí donde se afirma con toda rigidez el fundamento positivo del Derecho*"<sup>52</sup>.

Observando la esencia del Derecho, lo que le constituye es el complejo de valores que

---

Interior, a raíz de un llamado a paro nacional, convocado para el día 7 de octubre de 1987, fallo que absolvió de cargos penales a los sindicalistas entonces declarados reos (Corte de Santiago, 21 de marzo de 1988).

<sup>48</sup> NOVOA, *Curso...*, citado, pág. 341.

<sup>49</sup> Manuel DE RIVACOBBA, *Las causas...* citada, págs. 50 y 51.

<sup>50</sup> NOVOA, *Curso...*, citado, págs. 132 y 133.

ZAFFARONI lo recalca. La ilicitud es general; tema diverso es la generación de responsabilidades (*Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2000, págs. 567 y 569). Que las justificantes no puedan originar responsabilidad jurídica de ninguna especie, no impide que ciertas situaciones de necesidad den lugar a otras consecuencias, como lo advierte RIVACOBBA (*Las causas...*, citada, pág. 239).

<sup>51</sup> RIVACOBBA, *Las causas...*, citada, pág. 47.

<sup>52</sup> Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, traducción de la segunda edición alemana, de 1933, por José Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, tomo I, pág. 405.

inspiran un Ordenamiento Jurídico, los principios que lo informan y los fines a que tiende, complejo que origina y del cual cobra sentido el correspondiente conjunto de normas jurídicas. Implicando así una concepción esencial de la antijuridicidad, un acto no es injusto si no infringe dichas normas, o, aunque no se le pueda aplicar ninguna causa legal de justificación, no daña u ofende ninguna de las formas comunes consignadas legalmente. Junto a la justificación legal, aparece la justificación supralegal o sobrelegal, igualmente jurídica por cuanto es generada por el contenido del Derecho, por los principios que le informan y los valores que le individualizan.

Así, cada vez que en la realidad se dé un caso al que no le sea aplicable ninguna de las justificantes que aparecen en la ley, pero que tampoco atenta contra los valores, principios y fines del Ordenamiento jurídico, del Derecho en general y del Derecho del trabajo en particular, procede reconocerlo y declararlo justificado supralegalmente; de otro modo, se le estaría resolviendo en contra del propio Ordenamiento.

La conducta, así, no sólo es fundada y legítima, sino además, perfectamente lícita.

El reconocimiento de la justificación sobrelegal o supralegal significa recurrir a criterios jurídicos, aquellos que animan y perfilan el respectivo Ordenamiento, aplicándoles para esclarecer conflictos para los cuales la ley no proporciona solución<sup>53</sup>. No envuelve invocar principios o preceptos de otra índole, que superen el Derecho mismo.

#### **4. MEDIO “NO CONVENCIONAL” NO IMPLICA CONTRARIO AL DERECHO**

Los intereses patronales nunca pueden ser más importantes que la dignidad personal de trabajadoras y trabajadores, su integridad física y psíquica, y sus medios de subsistencia personal y familiar. Por ello, que existan medios o métodos utilizados por la parte trabajadora para defender derechos, que envuelven caminos no convencionales, no reglados o reglamentados, no significa que sean contrarios a Derecho, a la juridicidad; no implica que sean ilícitos o ilegales.

Más cuando procuran sea respetado el ejercicio de facultades reconocidas por el propio Ordenamiento jurídico, tales como el derecho al trabajo y a remuneraciones equitativas y satisfactorias, la sindicalización, la libertad de conciencia e ideológica, y su manifestación. De allí, no pueden ser ilícitos o contrarios al Derecho. Pueden, probablemente, contrariar intereses empresariales, o el capricho gubernamental, pero, entendemos, no vulneran un Ordenamiento jurídico que, precisamente, ampara el ejercicio de tales facultades al reconocer –y valorar- expresamente sus bienes.

#### **5. LA LEGÍTIMA DEFENSA**

Nadie está obligado a tolerar conductas ilícitas (actos u omisiones), a soportar u obedecer lo ilícito, sea que provengan de otros particulares o empresarios, sea que provengan de autoridades oficiales. Y así lo ha reconocido el Derecho, considerando que debe salvaguardar el interés preponderante, es decir, el legítimo del agredido, que prevalece sobre el ilegítimo del atacante<sup>54</sup>. Y si no existe deber u obligación de soportar lo injusto es porque se tiene la facultad de rechazarlo o hacerlo cesar<sup>55</sup>. Más cuando los

<sup>53</sup> RIVACOBÁ, *Las causas...*, citada, págs. 39 a 41.

<sup>54</sup> Facultad reconocida por la institucionalidad católica. *Pacem in terris* destacó que “A la persona humana corresponde también la defensa legítima de sus propios derechos: defensa eficaz, igual para todos y regida por las normas objetivas de la justicia...” (Juan XXIII, Roma, 11 de abril de 1963, número 26).

Más aun, “los gobernantes que no reconozcan los derechos del hombre o los violen faltan a su propio deber y carecen, además de toda obligatoriedad las disposiciones que dicten” (61).

<sup>55</sup> ZAFFARONI, ob. cit., pág. 582.

bienes amparados son normas de Derecho<sup>56</sup>, no la voluntad del gobernante y sus órganos (no somos súbditos sino ciudadanos). El propio gobierno está bajo la ley y no sobre ella. No existe un bien jurídico llamado voluntad estatal, o un pretendido derecho a exigir obediencia<sup>57</sup>.

Como causal que justifica la conducta humana, es legítima defensa la reacción necesaria para impedir o repeler una agresión injusta, actual y no provocada contra la persona o los derechos propios o ajenos; en general, lo es toda conducta que detenga o pare la agresión<sup>58</sup>.

Pueden implicar el rechazo de actos de coacción o coerción, y pueden exteriorizarse como actos de resistencia y desobediencia frente a violaciones a derechos laborales, o ciudadanos vinculados a aquellos.

En Chile, se acoge su reglamentación en el Código penal. Su artículo 10 preceptúa que está exento de responsabilidad *penal*:

*"4° El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*Primera. Agresión ilegítima.*

*Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.*

*Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

*5° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.*

*6° El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.*

*Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código"<sup>59</sup>.*

Característica principal, y que le concede tal amplitud que no requiere ser proporcional, es que combate una acción antijurídica voluntariamente dañosa<sup>60</sup>; teniendo, como acción defensiva, un incuestionable efecto preventivo<sup>61</sup>.

Y es que, por principio, el Orden jurídico no tiene por qué soportar lo injusto o ilícito. *"Su último fundamento se encuentra en el derecho del injustamente agredido a ser respetado en su persona y bienes. Ese respeto de la persona y de los bienes de cada uno está mandado por el Ordenamiento jurídico, el cual permite no solamente reprimir*

<sup>56</sup> También las contenidas en pactos colectivos y fallos arbitrales. Importantes movilizaciones laborales se han generado por el incumplimiento patronal -u oficial- de laudos arbitrales, cuyo acatamiento era obligatorio para las partes. Para SALAZAR, tales violaciones llevaron al llamado "reventón de 1957" (en *La violencia política popular en las grandes alamedas*, citada, págs. 230 y 232).

<sup>57</sup> ZAFFARONI, ob. cit., pág. 574.

<sup>58</sup> NOVOA, *Curso...*, citado, pág. 350.

<sup>59</sup> Código penal, artículo 10, números 4, 5 y 6.

<sup>60</sup> ZAFFARONI, ob. cit., págs. 593 y 594.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, ob. cit., págs. 581 y 582

*los ataques ocurridos, sino también prevenir los que han de sobrevenir. Normalmente, la autoridad pública toma a su cargo la tutela de ese Ordenamiento, principal razón de su existencia, y se reserva la facultad de velar por la aplicación de las normas jurídicas, por razones de bien común; pero en los casos en que un individuo se ve amenazado en su persona o bienes sin posibilidad de obtener de la autoridad pública el eficaz amparo que ésta debe prestarle, surge como necesario el derecho de defensa. Porque es el Ordenamiento jurídico, esto es el Derecho, el que se opone a la violación de los bienes jurídicos y la acción de la autoridad solamente tiende a obtener que en la práctica esa violación no se produzca; de modo que en los casos en que dicha autoridad no tiene posibilidad de impedir una concreta violación, subsiste la voluntad del Derecho de que se reconozca el bien jurídico, y quien lo protege y defiende obra en concordancia plena con el Ordenamiento jurídico, sin interferir en las funciones que la autoridad se ha reservado”<sup>62</sup>.*

Cuando el Derecho no puede acudir en defensa de los derechos del individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el Estado; porque, no pudiendo el Estado proteger al individuo, *tampoco puede exigirle obediencia.*

Una conducta defensiva se tiene por justa prescindiendo del ánimo o propósito del sujeto; consecuentemente, comprende o cubre a todos los que en ella intervinieron, y no origina responsabilidades legales diversas<sup>63</sup>. Y no importaría la magnitud del daño que al agresor injusto se infiera en la defensa, que sólo estará limitada por la *necesidad*, que, según se dice, no conoce ley.

Es legítimamente defendible cualquier bien, porque traduce una defensa de la libertad general, sea como ejercicio de un derecho personal, o como un derecho que, incluso, puede ejercerse a través de una persona jurídica<sup>64</sup>.

### **a) Bienes esenciales sin defensa estatal**

Envuelven bienes esenciales y prioritarios, que el propio Ordenamiento jurídico reconoce y valora (especialmente descritos en Pactos de la ONU, y Convenios de la OIT, que son parte de aquél), cuya primera tutela, lógica y cronológica -la más urgente-, corresponde al aparato fiscalizador.

Y es que no sólo las acciones u omisiones patronales, sino también actividades, retardos u omisiones lesivas, realizadas por funcionarios públicos obligados a actuar conforme a Derecho, pueden cumplir supuestos legales y doctrinarios para que se acoja la defensa legítima. A ningún trabajador puede exigírsele que tolere abusos o desatención, más aun cuando sus derechos laborales implican la parte más importante de su patrimonio. Así, frente a la realidad chilena, se abre la puerta para la justificación jurídica de acciones de trabajadores, de tutela o defensa de sus derechos y bienes.

En Chile, el Servicio de fiscalización laboral no funciona debidamente. Revisando la ley laboral común ubicamos algunos expresos métodos de reclamación ante la respectiva Inspección del Trabajo, que, se señala, enfrentan especiales -y amplias- facultades patronales, recogidas expresamente mediante artículos 12, 17, 31 y 157 del Código laboral. No obstante, la ineficacia de tales instrumentos es especialmente visible en el cobijado por el artículo 331 del Código. En la esfera de la negociación colectiva, pese a que las obligaciones patronales relativas a su respuesta contractual, y a los documentos que debe adjuntar, se supone fueron ampliadas mediante ley 19.759, se presenta la grave incongruencia -interpretativa y funcionaria- de que una organización

<sup>62</sup> NOVOA, *Curso...*, citado, págs. 348 y 349.

<sup>63</sup> NOVOA, ob. cit., pág. 349

<sup>64</sup> Lo expone ZAFFARONI, ob. cit., págs. 581, 582 y 600.

sindical, activando este mecanismo de control de legalidad en el año 1997, con requerimientos semejantes podía acceder a mayor y más valiosa información de la que puede obtener hoy a través de esta misma acción de control jurídico, cuyo procedimiento es generado por la Dirección del Trabajo.

Más cuando a dicho Servicio controlador le es suficiente que la patronal escriba "*alto costo asociado*" en su negativa a cada petición trabajadora, para calificar como cumplida la exigencia legal de "*fundamentar*" su respuesta.

¿Qué ocurre si el Servicio público obligado a actuar no lo hace, o lo hace a destiempo? ¿Significaría que el trabajador desmedrado debería guardar total inacción frente a la ineficacia de recursos administrativos? ¿O sólo confiar en interponer recursos de reconsideración o de reposición ante el mismo Servicio que, con su inacción o retardo, niega o frustra la tutela o el control? ¿O recursos de protección ante tribunales, con el consiguiente costo económico, tiempo y, sobre todo, resultado incierto, tardío o ineficaz?

Observamos cómo se desvirtúan garantías para el ejercicio de derechos, por ejemplo, mediante la invocación de la política económica para no cumplir funciones propias del órgano fiscalizador e intérprete de los preceptos laborales, sometiéndose a dicho régimen económico y no a la ley ni a principios laborales. En febrero de 2001, la Dirección Regional del Trabajo Valparaíso anuló una resolución emanada de su Inspección de San Antonio, que había acogido un reclamo presentado por un sindicato extraportuario en contra de una empresa de contenedores del grupo csav-saam, resolución<sup>65</sup> que le obligaba a suministrar documentos imprescindibles para justificar la negativa respuesta patronal a peticiones laborales<sup>66</sup>. Dicha anulación, que restringió la obligación empresarial a la entrega de sólo dos documentos, alegó basarse en un dictamen de la propia Dirección, el número 4536/0319, del año 2000. Sin embargo, este dispone que el empleador, dentro del proceso negociador, posee "*la obligación de entregar a sus trabajadores información oportuna, pertinente y técnica, respecto de las condiciones y perspectivas actuales y potenciales de la empresa en que están insertos, elemento esencial para asegurar a éstos y a sus organizaciones el cumplimiento eficaz del derecho fundamental a negociar colectivamente*".

¿Qué hacer frente a un aparato fiscalizador que tuerce su propia legalidad? ¿Qué hacer, cuando Contraloría no interviene en razón de que la interpretación de la ley laboral corresponde a la Dirección del Trabajo, y fue la superioridad de esta última la que ordenó la citada anulación?

¿Cabría reprochar que, en tales eventos, los trabajadores ejerzan otras vías, buscando defender sus derechos?

Tal facultad sólo podría cesar cuando el agente tiene la posibilidad concreta, cierta y efectiva, de acudir al Servicio estatal y de que éste le proteja realmente de modo no sensiblemente inferior (o con eficacia no groseramente inferior), al que él mismo podría obtener con su defensa. En este sentido, subsidiaridad envuelve que no haya oportunidad de reclamar en tiempo el servicio, tanto como que éste no sea accesible o no sea eficaz<sup>67</sup>, lo que abarca, por supuesto, los casos en que el propio Estado es el agresor<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Resolución 20, de 8 de febrero de 2001.

<sup>66</sup> Se citó a los dirigentes sindicales a reunión, llegando, por parte de la Dirección del Trabajo, la asesora jurídica regional y el director regional subrogante; para sustentar su medida revocatoria, éste último alegó la "*autonomía*" de las empresas y "*las reglas del mercado*", olvidando que a él le correspondía aplicar la ley y no la política económica.

<sup>67</sup> El Ordenamiento jurídico chileno establece que es fin de la función pública el bien común, y que la administración debe ser eficaz, mandato fijado por variadas leyes, tales como 19.175, DFL1-19.653, de 2005, y los Estatutos administrativo y municipal; también las número 19.880 (bases de procedimientos públicos), y 20.285 (acceso a la información pública).

<sup>68</sup> ZAFFARONI, ob. cit., págs. 581 y 582.

La legalidad acoge un método denominado de *autodespido*, inserto en el artículo 171 del Código laboral. Sin embargo, ¿procede acaso que sea el mismo trabajador desmedrado quien termine su contrato, quedando en la cesantía debido a infracciones de la contraparte? ¿Porqué debe ser él quien se vaya, siendo que no es él quien quebrantó el Derecho? Y esto, sin considerar que, eventualmente, el trabajador no logre acreditar imputaciones<sup>69</sup>, significándole consecuencias drásticas<sup>70</sup>.

## **b) Remuneraciones, cotizaciones y amparo del derecho de propiedad**

Resoluciones de aparatos del Estado chileno han reconocido la propiedad del trabajador sobre sus remuneraciones y sobre sus cotizaciones de seguridad social. A propósito de estas últimas, se reconoce *"la propiedad que el trabajador tiene sobre aquellos dineros, que le han sido descontados de su remuneración"*<sup>71</sup>. Que, *"cualquier discusión que se desee hacer sobre las cotizaciones previsionales, debe partir por reconocer el derecho de propiedad de los trabajadores sobre ellas, si bien afectado al cumplimiento de sus finalidades propias [...] se está en presencia de dineros pertenecientes o de propiedad del trabajador, tutelados por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, habida consideración que tales cotizaciones se extraen de la remuneración devengada a favor del afiliado"*. Y, *"la propiedad que tiene el afiliado sobre los fondos previsionales que conforman su cuenta individual, aunque presenta características especiales, se encuentra plenamente protegida por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República que reconoce el derecho de propiedad no sólo sobre los bienes corporales sino también respecto de los incorporales"*.

Comentando la propiedad de los trabajadores sobre dichas cotizaciones, se afirma que envuelve *"un derecho de claro contenido patrimonial que se impone como consecuencia del deber de cotizar en aras a la consecución de determinados fines sociales, habida consideración de que -tal como lo ordena el artículo 1° de la Constitución Política- el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías constitucionales"*<sup>72</sup>.

## **c) Ejercicio arbitrario de la función pública fundamenta defensa legítima**

No puede obligarse a ningún trabajador a soportar agresiones injustas pretextando intereses superiores<sup>73</sup>. Más cuando la agresión puede originarse en el ejercicio arbitrario de la función pública, lo cual la torna ilícita o antijurídica. Cabe la legítima defensa respecto de actos ilegítimos de la autoridad.

Recordemos que los funcionarios públicos son funcionarios de la Constitución y de la ley, y lo son siempre y cuando actúen en el marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, que incluyen la obligación de no obedecer órdenes ilegales.

<sup>69</sup> Por ejecución de actos consignados en los números 1, 5 o 7 del artículo 160, esto es, *falta de probidad, conductas de acoso sexual, vías de hecho, injurias, y conducta inmoral; actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos, e incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.*

<sup>70</sup> Si el tribunal rechaza el reclamo del dependiente, se entiende que el contrato ha terminado por renuncia de éste. Asimismo, *"si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del artículo 160 [conductas de acoso sexual], falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado"*.

Por sus formas de perpetración y el entorno que les rodea, es difícilísimo acreditar tales abusos.

<sup>71</sup> Corte Suprema, 11 de marzo de 2005 (rol 3387, de 2003).

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional, 24 de abril de 2007 (rol 576, de 2006); también, su sentencia de 21 de agosto de 2001, recaída en causa rol 334, del mismo año.

<sup>73</sup> ZAFFARONI, ob. cit., pág. 586.



Por ello, se justifica la resistencia del habitante cuando la conducta del funcionario sea contraria a su deber, por cuanto actuando ilícitamente incurre en agresión ilegítima, justificadora de la defensa del agredido. Cuando el funcionario actúa dolosamente, el particular puede defender cualquier derecho que se le quiera afectar<sup>74</sup>, ya que aquél excede su propio campo de acción legal, incumpliendo obligaciones o violando prohibiciones.

#### **d) Resistencia y desobediencia**

En verdad, las escasas veces que se localizan referencias a estas instituciones -pese a consagrarse ya en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos- se les trata como vías conductuales independientes o absolutamente ajenas a la legislación, y así al estudio dogmático. Sin embargo, esencialmente, son facetas de ejercicio colectivo de estos mismos derechos, de la legítima defensa. En efecto, si es jurídicamente admisible la violencia privada, particular o individual, ¿por qué no habrá de serlo la comunitaria?

La resistencia y desobediencia, como actos conscientes, contrarios a leyes formales, que envuelven esencialmente no acatamiento de resoluciones oficiales, programas de gobierno o leyes, cometidos con el propósito de ocasionar un cambio en ellas, no envuelven temas que los estudios tradicionales observen.

No obstante, nada obsta para acoger su viabilidad, no sólo para explicar o excusar conductas, sino para justificarles jurídicamente, como facultades que pueden generar justificación jurídica de conductas colectivas. Si recordamos la esencia valorativa del Derecho, su razón de ser, su contenido y su diferencia de la letra de la ley, será cuestionable el calificar de ilícito o contrario a él a aquellos actos y omisiones -especialmente colectivos- que, mediante la resistencia a ejecutar lo dispuesto por la ley formal, o mediante el no acatamiento de su mandato de comportamiento, precisamente, se ajustan a sus principios, realizan sus valores o buscan sus fines. La huelga, reconocida desde hace mucho, implica una actividad de esta índole.

Más cuando el ejercicio comunitario de estas vías, motivado o impulsado por medidas u omisiones oficiales, socialmente dañosas, pueden cuestionar permanentemente su legitimidad -y su juridicidad-, manteniendo en entredicho conductas que las propias concepciones socialmente mayoritarias repudian.

### **6. EL ESTADO DE NECESIDAD**

Nadie está obligado a comprometer, dejar perecer o destruirse sus bienes. El hecho que hace surgir el estado de necesidad es la existencia de un mal que se procura evitar. Hay necesidad cuando la persona no dispone de otro medio menos ofensivo para evitar la lesión. Aquí se jerarquiza y pondera el mal evitado y el mal causado<sup>75</sup>, ya que, desde que el Derecho ha establecido una jerarquía entre los diversos bienes jurídicos, asignando a unos preponderancia sobre otros, o mayor valor que otros, queda establecida entre ellos una preferencia que permite señalar, en caso de conflicto, como conducta ajustada a sus normas, aquella que tiende a la preservación del bien preponderante<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> ZAFFARONI, ob. cit., págs. 593 y 594, 609 y 610. Señala que de ello hay consenso en la doctrina jurídica.

Asimismo, procede la legítima defensa contra el funcionario que ejecuta la orden en caso de manifiesta ilegalidad, como sería el cumplimiento de un mandato verbal del juez que ordene coaccionar a un testigo o un imputado, o el del superior que ordena un tormento; en tales casos, el ejecutor no cumple ningún deber jurídico.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, ob. cit., pág. 602.

<sup>76</sup> NOVOA, *Curso...*, citado, pág. 380.

En otras palabras, la calificación del acto como ajustado a Derecho la proporciona la valuación de los bienes confrontados, haciendo que prime el de más valor sobre el de menos valor. Ponderación que consiste en determinar el peso que debe tener en un caso concreto un derecho, frente a otro que entra en tensión con él. Para ello, debe utilizarse prevalentemente el principio de proporcionalidad. La conducta queda justificada si se sacrifica un bien menor como único medio de evitar la lesión de un bien jurídicamente protegido de mayor estima, más valioso.

La vida, la integridad corporal, el pudor y el derecho de propiedad, entre otros bienes, pueden ser amparados mediante acciones que encuadren en esta exención<sup>77</sup>. Y los trabajadores son titulares de tales derechos<sup>78</sup>.

Se presenta una acción para evitar el peligro, y se sacrifican bienes jurídicos de inocentes o terceros, no del agresor.

En Chile se acoge<sup>79</sup>, estando exento de responsabilidad penal *"El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.*

*2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo.*

*3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo"*<sup>80</sup>.

Palpitan referencias históricas a su ejercicio colectivo. Hace ya casi 100 años, en la Patagonia chilena, se avanzaba en conquistas sociales<sup>81</sup>, luchando, implícitamente, por la redistribución del ingreso. Allí se dieron los sucesos de Puerto Natales, de enero de 1919. Movilización cruelmente reprimida, el alegato forense de Julio Munizaga evidencia la desigual circunstancia y trato judicial; especialmente, invoca el estado de necesidad que sometió a los trabajadores para encauzar su acción: *"Los diversos delitos [...], se originaron con motivo de la manifestación violenta que tuvo en Natales la lucha entre el capital y el trabajo. Esta irrupción de sentimientos y de hechos inusitados, tuvo, pues, una causa económica, que se esperaba desde hacia tiempo [...] hasta el punto de hacerse casi imposible, su vida económica, pues los artículos de consumo llegaron por aquellos días a alcanzar cifras verdaderamente espeluznantes. No fue otra la causa de aquellos lamentados sucesos [...] el alma colectiva, popular sólo se desborda, cuando se siente víctima por injusticias evidentes. Así se gestó en Natales el fermento de exacerbación social..."*<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> NOVOA. Se recuerda el hurto cometido por el indigente que necesita aplacar el hambre, cubrir su desnudez o protegerse del frío que afecta su salud o su vida, situación que desde antiguo es objeto de consideración. Tomás de Aquino afirmó que, en tales casos, el pobre es acreedor del rico, sentando así la verdadera naturaleza que ha de asignarse al derecho de propiedad en una sociedad cristiana (en su *Curso...*, citado, pág. 387).

<sup>78</sup> Incluso considerando que la regulación legal argentina sobre el estado de necesidad es hoy más amplia que la chilena, interesa conocer algunos razonamientos judiciales justificantes. En un caso, padece estado de necesidad por grave situación económica, *"el obrero de un frigorífico, padre de cuatro hijos, que debía atender a sus necesidades con m\$N 35.000 mensuales y que sustrajo m\$N 10.000 que necesitaba para hacer atender a su mujer enferma"*.

Otra sentencia razona: *"El mal inminente está en la situación no provocada por el mencionado estado de indefensión económica, que muchos pueden no comprender por estar alejados de él, pero que quienes lo padecen, al sufrirlo se ven quizás compelidos a evadirse de la paciente espera de una recomposición salarial que les permita eludir las alternativas que le quedan como posibles"*. En RIVACOBÁ, *Las causas...*, citada, págs. 253 y 254.

<sup>79</sup> Aunque, como advierte RIVACOBÁ, *"con una fórmula excesivamente estrecha e insuficiente"*. Ob. cit., pág. 188.

<sup>80</sup> Código penal, artículo 10, número 7.

<sup>81</sup> El 6 de febrero de 1920, concluyendo un movimiento huelguístico de trabajadores de la mina Loreto, se firma un convenio entre cuyos progresos destaca el compromiso patronal de que ningún operario podía ser despedido sin causa justificada. Carlos VEGA DELGADO, en *La masacre en la Federación obrera de Magallanes*, Punta Arenas, 2002, pág. 180. Dicho título no refleja los numerosos éxitos movilizadores que el mismo texto describe.

<sup>82</sup> Carlos VEGA DELGADO, ob. cit., pág. 150.

## 7. INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Ahora bien, ya fuera de las justificantes propiamente tales, esto es, que excluyen la ilicitud del acto y que abarcan todo el Derecho, pero aun así poseyendo gran relevancia, encontramos la inexigibilidad de otra conducta, constituyendo causa suprallegal de inculpabilidad.

El reproche jurídico, el culpar jurídicamente a alguien por sus actos posee, como imprescindible supuesto, el que esa persona pudiese haber actuado de otro modo; por tanto, de no serle exigible un comportamiento determinado, no puede reprocharse, ni ética ni jurídicamente, su no comisión.

En muchísimos casos, a trabajadoras y trabajadores no se puede exigir otra conducta distinta de la que efectuaron. En Dogmática se le denomina *no exigibilidad de otra conducta* o, más propiamente, *inexigibilidad de otra conducta*, distinta de la realizada<sup>83</sup>. En tales eventos se entiende que, aunque no estén específicamente descritos en la ley, no puede formularse reproche jurídico o aplicarse castigo a su autor, ya que ha actuado así por predominar en él, sobre la representación del deber jurídico, otros motivos, preponderantes para la persona y aceptables por la sociedad para el momento cuestionado.

Envolviendo causa de no culpabilidad o reproche, componen este grupo especialmente la coacción y el miedo<sup>84</sup>.

La más conocida se designa como el caso de la cabalgadura que no obedece a las riendas. El propietario de un caballo desobediente ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar servicio. El trabajador, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse; pero el patrón le amenazó con despedirle en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció; una vez en la calle, el animal se desbocó, causando lesiones a un transeúnte. El tribunal negó la culpabilidad del procesado, porque, teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle "exigido" que perdiera "su colocación y su pan" negándose a ejecutar la acción peligrosa<sup>85</sup>.

Que un caso tan recordado en las escuelas de Derecho, y en los textos de Derecho penal, como ejemplo de "*no exigibilidad supra (por sobre) legal*", aplicado a la esfera culposa, esté vinculado a la subordinación del contrato laboral y a la necesidad de no perder el empleo, es decir, al Derecho laboral, no es casual, y revela tanto los vínculos que -desde siempre- laten entre ambas ramas, cuanto la dependencia económica como factor y condicionante conductual, que debe interesar al Derecho<sup>86</sup>.

Acaeció en Alemania hace ya muchísimos años. Sin embargo, ¿no son, acaso, situaciones similares las que hoy se viven no sólo en el transporte, sino en la industria y otras muchas áreas laborales? Si en aquel entonces un tribunal -con esos razonamientos- calificaba tal conducta del trabajador dependiente como no culpable, entonces, ¿por qué hoy no habrían de considerarse tales motivaciones para liberarle de responsabilidad jurídica, penal y laboral?

Procede apreciar aquellos comportamientos impuestos por la circunstancia que somete a una persona, situaciones en las cuales su ámbito de autodeterminación se ha reducido, precisamente por el estado en que realiza la acción, lo que neutraliza la

<sup>83</sup> RIVACOBÁ, *Las causas...*, citada, págs. 43 y ss.

<sup>84</sup> RIVACOBÁ, ob. cit., pág. 312.

<sup>85</sup> Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, tercera edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pág. 410.

<sup>86</sup> No es casual, tampoco, que esté teñido de ribetes laborales el otro caso más recordado: la conducta de la partera y la adulteración de certificaciones en cuanto al día de los nacimientos por ella auxiliados, caso referido ya no a la culpa sino al dolo.

posibilidad de reproche o crítica. A sus ejecutores no puede exigírseles que, dadas esas circunstancias, realicen un comportamiento diferente del verificado.

¿Qué haríamos sometidos a cargas extraordinarias y opresivas, de las que resulte razonablemente no exigible su tolerancia?

¿Por qué, entonces, un acto que entendemos legítimo, un acto que nosotros mismos hubiésemos realizado en tal entorno, y que la sociedad alaba o comprende, debería ser castigado o sancionado en nombre de la misma sociedad?

¿Qué hacer cuando existe oídos sordos a reivindicaciones básicas? Agotado el diálogo, viendo las puertas cerradas, ¿puede exigirse otra conducta que no sea insistir en el respeto de derechos por vías diferentes?

A propósito de la inexigibilidad, *"debido a la autonomía ética de las personas, el Estado -que no es propietario de aquella- no puede exigir respuestas conductuales determinadas si no genera las condiciones para que ellas se muestren plausibles. Porque la exigibilidad importa responsabilidad, y no puede predicarse responsabilidad con lo normalmente imposible"*<sup>87</sup>.

ZAFFARONI reconoce que es un mal grave e inminente la amenaza de pérdida del único medio de subsistencia. Y, en las situaciones de desempleo se multiplican las posibilidades de extorsión a los trabajadores, con consecuencias que pueden envolver, por ejemplo, sobrecargas horarias en actividades tales como el transporte y la salud<sup>88</sup>.

Cuando una situación de necesidad se generaliza, no por ello deja de eximir de responsabilidad; lo que se generaliza son las oportunidades de coaccionar; por tanto, no es racional castigar a las víctimas de coacción que reaccionan frente a la actividad coercitiva. El fundado temor de quedar sin trabajo o a no obtener un empleo, multiplica las oportunidades para la coerción, para obligar a trabajadores y trabajadoras a hacer lo no querido. ¿Cómo reaccionar, como enfrentarlo, si los medios legales son previsiblemente ineficaces, tal como ocurre, entre muchísimas áreas, con la normativa sobre acoso sexual?

...

---

<sup>87</sup> Palabras de Carlos CERDA FERNÁNDEZ, en la Conferencia de Presidentes de Cortes Supremas de América, Santiago, noviembre de 1994. Corporación Administrativa del Poder Judicial, pág. 140.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, ob. cit., pág. 718.