

# Datos sobre la interpretación del precepto jurídicolaboral

Ordenamiento jurídico, valores y fines

Conceptualismo

Dogmática progresiva

Método sistemático, teleológico-finalista

Alternativismo y garantismo

Principios de Derecho Laboral

La técnica *Alexy*: ¿ponderación sobre subsunción?

Dirección del trabajo e intereses empresariales

Custodia del régimen económico imperante

Potestades empresariales creadas mediante dictámenes

El juez. Independencia y dignidad

**Alfonso Hernández Molina**  
**Valparaíso, Chile, 2015.**

## **PRESENTACIÓN**

*Las páginas siguientes suministran antecedentes sobre la actividad interpretativa de preceptos laborales, operación que desentraña un sentido y alcance de la norma que aquellos cobijan, que localiza razones, circunstancias, vínculos y fines; lo que podríamos llamar su genealogía normativa, sus enlaces lógicos, axiológicos y fácticos.*

*Interpretación entendida como primer momento de la dogmática (realizada amplia y progresivamente), instancia esencial en la resolución administrativa y judicial de casos sometidos a tales decisiones.*

*Datos para situar el rol que juega dicha tarea, para captar contextos y localizar trasfondos, que le mueven y condicionan.*

## **Contenido.**

*Para abordar la interpretación procede revisar la índole del Derecho; de allí, comenzamos repasando nociones: el ordenamiento jurídico, su contenido y esencia*

valorativa, y la dogmática o ciencia jurídica, entendida –insistimos- de modo amplio y progresivo.

Se condensan corrientes de expandida recepción legislativa, judicial y/o doctrinal, y escuelas críticas de reciente data.

Se aborda la interpretación como actividad, y los métodos considerados idóneos en relación con la esencia del Derecho.

Atención especial se brinda a la revisión de los principios jurícolaborales, y a su rol primario en la hermenéutica.

Se indagan trasfondos de técnicas interpretativas de moda en la actividad oficial, su origen y condicionamientos, y su cuestionable utilización por el órgano legalmente obligado a hacer respetar los derechos laborales.

Por último, se aborda al juez como intérprete, su circunstancia y su dependencia e independencia.

### **Razón, principios y vínculos que exigen atención.**

Preciso es recordar que el Derecho del Trabajo es fruto de luchas sociales; la ligazón del movimiento social con esta rama jurídica es medular.

El intérprete estatal tiene caminos y posee instrumentos apropiados a la índole del objeto de examen, cultural y finalista, ordenamiento laboral (de normas o de relaciones), cuyos principios y valores -en él normativizados con especial posición jerárquica-, continúan constituyéndole y caracterizándole en **protector** o tuitivo; que ciertos fragmentos legislativos o conducta interpretativa no se ajusten a él no le resta valor ni fuerza obligatoria.

La interpretación exige atender a factores y vínculos; que, siendo el Derecho producto valorativo, requiere abordarse mediante una indagación finalista o teleológica, que reconozca la existencia de principios propios, apreciándoles, respetando su jerarquía y aplicando su contenido.

Exige considerar que el ordenamiento también se integra -ubicándoles con especial jerarquía- de normas internacionales obligatorias, y que en ellas se constata particular estimación hacia determinadas instituciones.

Lo anterior es importantísimo. La labor del intérprete influye también en el entorno social, y puede incidir en reducir desigualdades; pero también en acentuarlas -y con ellas el conflicto social- cuando, no ajustándose a la esencia, principios, y valores, perturba -o impide- la consecución de fines que el ordenamiento jurícolaboral ha asumido como propios.

### **La interpretación: flanco de ataque contra el Derecho Laboral.**

La hermenéutica es tema principal. Como -con otras palabras- lo advirtió ERMIDA<sup>1</sup>, el embate contra el Derecho Laboral ha tenido al menos tres flancos: uno implica la desregulación normativa en áreas esenciales del trabajo dependiente, obligando, así, a la autorregulación de las partes, esto es, un "igual a igual" claramente desigual; otra vía envuelve flexibilizar normas laborales adecuándolas a los contenidos ideológicos oficialmente abrazados.

No obstante, hay un tercer método que, esquivando las barreras que obstaculizan las ya mencionadas táctica derogatoria y modificación legal, disimuladamente procede a desnaturalizar la legalidad laboral (no al Derecho Laboral) mediante el aliento de interpretaciones doctrinales y administrativo-judiciales ajenas a los principios rectores de la rama.

### **¿Sustituir principios por meros criterios?**

También advertimos que, pese a existir principios que, propios de la *ratio* de esta rama, fundan y deben guiar la interpretación laboral, se localiza la aplicación de un parámetro hermenéutico (la técnica Alexy, el llamado juicio de ponderación o proporcionalidad) que, aunque atrayente para intérpretes oficiales, y aparentando neutralidad para enfrentar la evaluación de relaciones fácticas desiguales, desvirtúa principios desnaturalizando nuestra rama.

En vez de respetar reglas hermenéuticas básicas, que consideran principios, valores y fines del Derecho Laboral, la interpretación sufre la invasión del formalismo y la matemática, como si normas jurídicas y conductas sociales fuesen equivalentes a números, elevando el derecho de propiedad al nivel de lograr -potencialmente- desvirtuar derechos esenciales.

<sup>1</sup> Óscar ERMIDA y Óscar HERNÁNDEZ, "Crítica de la subordinación", en *Civitas, Revista española de Derecho del Trabajo*, número 16, 2003, págs. 167 y ss.

### **Su importancia para realizar derechos.**

*Anhelamos estimular atención sobre el papel que la tarea interpretativa desarrolla o que se le imprime, más aun constatando la ausencia de respeto por el elenco de derechos y garantías laborales, pese a estar internacional y constitucionalmente afirmadas; es decir, la falta de realización práctica de imperativos jurídicos en los niveles normativos ordinarios, en la legislación común y en la producción reglamentaria gubernamental; pero también en la acción hermenéutica funcionaria y judicial.*

*Respetar la dignidad se impone como una exigencia categórica para la conducta de los integrantes de los aparatos estatales.*

*En definitiva, se procura que la cultura jurídica entienda que la realización de derechos exige lucha diaria; como advirtió IBÁÑEZ<sup>2</sup>, los derechos no se hacen reales sólo por postularse o presentarse en lenguaje real.*

*Y en tal misión la interpretación –y el intérprete– juegan rol principal.*

Alfonso Hernández Molina,  
Valparaíso, Chile, 2015.

## **CONTENIDO**

**Capítulo I**  
**ORDENAMIENTO JURÍDICO, INTERESES SOCIALES,**  
**VALORACIONES Y DOGMÁTICA**

**Actividad estatal normativa y respeto por dignidad personal.**

**Ordenamiento jurídico y orden jurídico.**

**Convivencia colectiva.**

**Normas y relaciones sociales.**

**Creación, aplicación y enseñanza del Derecho.**

**Derecho y cambio social.**

**Derechos fundamentales *versus* situaciones de poder (derechos *contra* poderes).**

**Función garantista del Derecho.**

**Coherencia básica esperable del ordenamiento.**

**Desarmonía lógica y criterios de solución.**

**Congruencia e incongruencia axiológica.**

**La legalidad laboral chilena respecto del Derecho del Trabajo.**

**Ordenamiento jurídico, estructura social y alternativismo.**

**Sistema jurídico y garantismo.**

**Jurisprudencia de conceptos y el conceptualismo.**

**Dogmática como actividad valorativa y finalista.**

**La ley depende del Derecho.**

**El objeto de la tarea dogmática no se reduce a la legislación.**

**Contenido de la ciencia jurídica.**

**Dogmática y precisiones terminológicas.**

**Enfoque crítico, papel y desafío del jurista.**

<sup>2</sup> María De Lourdes SOUZA, "Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica", en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 15, Madrid, 1998, nota 34.

**Capítulo II**  
**Hermenéutica.**  
**Principios, interpretación teleológica, escuelas recientes**

**Sin interpretación no puede haber Derecho.**  
**Subsunción, silogismo.**

**Interpretación debe orientarse considerando derechos humanos fundamentales.**

**Pensamiento fundado en derechos.**

**Interpretación teleológico-finalista, enfoque sistemático.**

**Método teleológico y corrientes interpretativas.**

**Abstracciones, conformismo y conservadurismo.**

**Decisiones judiciales y circunstancia del intérprete.**

**Actividad judicial de reelaboración.**  
**Su control requiere su reconocimiento.**

**La lógica tradicional y su fracaso.**  
**Necesidad de indagar la razón de la norma.**

**Escuelas críticas recientes.**

**Alternativismo.**  
**Crítica a métodos interpretativos tradicionales.**  
**Aprecio de base constitucional.**

**Garantismo. Consideración de *vigencia* y *validez*. Sujeción a ley válida.**

**Uso alternativo del Derecho y garantismo.**

**Capítulo III**  
**Hermenéutica laboral.**  
**Estructuras y sustentos verbales**

**Geografía legal, sistemática y rúbricas.**  
**Expresiones, significaciones y nexos sistemáticos.**

**Capítulo IV**  
**Hermenéutica laboral.**  
**Principios jurícolaborales, orientaciones, normas esenciales**

**Principios y principios generales del Derecho.**  
**Funciones. Pilares axiológicos.**

**Derecho Laboral y su razón de ser.**

**Derecho del Trabajo posee principios propios.**  
**La alegada *crisis*.**

**Principios propios y distintivos del Derecho del Trabajo y el proceso judicial laboral.**

**Principios de Derecho o de equidad y sentencia definitiva laboral.**

**Hermenéutica y Principios de Derecho del Trabajo.**

**Hermenéutica. Orientaciones y normas laborales fundamentales.**

- a. Dignidad personal.
- b. Respeto de garantías constitucionales como límite empresarial.
- c. Función social del trabajo.
- d. Interés social. Quebrantamiento de leyes de protección.
- e. Correcta aplicación de leyes garantizadoras fundan desarrollo económico y social.  
Derechos sociales y política social.
- f. Derecho a la oportunidad de ganarse la vida.
- g. Justa retribución remuneratoria.
- h. Derecho de sindicarse y el derecho a huelga.

**Derechos humanos internacionalmente reconocidos.**  
**Validez jurídica de preceptos contenidos en instrumentos internacionales.**

**Reconocimiento estatal de ámbito de protección constitucional del trabajo.**

**Bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.  
Principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación.  
El enfoque de Héctor BARBAGELATA.**

**Garantizar principios y derechos fundamentales en el trabajo es deber estatal.**

**Valoración de fuentes internacionales se expande en actividad judicial de diversos Estados.**

**Códigos de conducta empresarial.  
Primacía de reglas hermenéuticas propias del Derecho del Trabajo.**

**Capítulo V  
Interpretación estatal de los preceptos laborales.  
La incrustada técnica *Alexy***

**Subsunción y principios laborales pueden operar congruentemente.  
Excepcional aplicación del finalismo en hermenéutica administrativa.**

**¿Interpretación según principios o según *criterios*?**

**La técnica *Alexy* en la actividad hermenéutica gubernamental.**

**Imágenes de coherencia y pertinencia aplicativa.**

**¿Principios jurídicos o instalación de política económica?**

**Un hipotético caso aplicando tal proceder.**

**Razonamiento gubernamental, derecho de propiedad, entrega de amplias *potestades* al empleador.**

**Los denominados "*derechos fundamentales del empleador*" como creación gubernamental.**

**Derecho de propiedad, límites y limitaciones.**

**En el Derecho del Trabajo no existen *principios* tales como el *derecho de propiedad* y la *libertad de empresa*.**

**Orígenes de tal corriente. La técnica *Alexy*.**

**Procedimiento confeccionado para evaluar la acción estatal respecto del menoscabo de derechos ciudadanos.**

**El juicio ponderativo exige principios del mismo valor o jerarquía.  
Implica sólo un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía.**

**El Derecho Laboral chileno no acoge estos *criterios*.**

**¿Subsumir o *ponderar*?**

**Los Principios no son limitables o restringibles.**

**Capítulo VI  
Interpretación y factor humano**

- 1. Considerar circunstancias, conocer preconceptos.**
- 2. Conciencia *versus* opción conservadora.**
- 3. Independencia judicial, autodeterminación del juez, dignidad.**

# Capítulo I

## Ordenamiento jurídico, intereses sociales, valoraciones y dogmática.

### Actividad estatal normativa y respeto por dignidad personal.

Los aparatos u órganos colegisladores (ejecutivo y legislativo), según las orientaciones e intereses (anhelos materiales o morales, conveniencias, utilidades), de las fuerzas sociales que, debatiéndose al interior del Estado y la sociedad, sostienen a sus miembros, les estiman, prefieren, seleccionan y recogen<sup>3</sup>, instalando regulaciones destinadas a su reconocimiento y realización fáctica.

Ejecutan, así, una opción básica por determinados bienes; y lógica y posteriormente, una apreciación o estimación comparativa de los preferidos, regulando su protección o resguardo con mayor o menor intensidad, según se les estime más o menos, dando prioridad a unos respecto de otros. Así les diseñan y convierten en normas jurídicas, obligatorias en cuanto se advierte que su cumplimiento puede forzarse, y su incumplimiento sancionarse, mediante fuerza o violencia estatal.

El porqué, dentro de todo el repertorio posible de determinaciones que permite la esfera de competencia establecida por el ordenamiento, el órgano estatal elige unas y no otras, sólo puede explicarse estudiando los factores sociales concretos, que encauzan la elección legislativa, y las ideas políticas que le inspiran, entendidas no sólo como ideas, sino en tanto que convicciones e intereses económicos que ejercen influencia<sup>4</sup>.

En dicho proceso deben, por una parte, ajustarse a los requerimientos colectivos, y por otra, atender la coherencia entre las normas generadas. Por sobre todo, deben respetar la dignidad de la persona. Su calidad de ser fin y no medio o instrumento; su calidad de persona prohíbe dicho trato empresarial, legal y funcionario. Es que "[...] *el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin*". [...] *El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*"<sup>5</sup>.

Ideario que se recoge y consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hoy, el imperativo respira vigencia y exige respeto y cumplimiento<sup>6</sup>, más cuando tal reconocimiento y garantía normativa es fruto de múltiples y sacrificadas luchas sociales. Procesos que, como describe FERRAJOLI, son, sobre todo, luchas colectivas expresadas en movimientos de masas o incluso de pueblos enteros. Esto vale más incluso para los derechos sociales, tal como el derecho al trabajo, y opera totalmente para los derechos políticos y sindicales, de la libertad de reunión y de asociación al derecho de huelga (derechos individuales ejercidos colectivamente)<sup>7</sup>.

### Ordenamiento jurídico y orden jurídico.

#### Convivencia colectiva.

#### Normas y relaciones sociales.

Se expresa que el ordenamiento jurídico posee, como obligación esencial, asegurar convivencia colectiva. Para RIVACOBA, "[...] *el Derecho, o, con mayor concreción, el ordenamiento jurídico, esto es, el conjunto unitario y coherente de normas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado, con la violencia que le es propia, tiene por objeto organizar y mantener el orden jurídico, o sea, un conjunto*

<sup>3</sup> Implica optar, seleccionar, preferir; esto es, tareas esencialmente *políticas*.

<sup>4</sup> Véase, de Luis RECASÉNS, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª edición, Porrúa, México D.F., 1997, pág. 270.

<sup>5</sup> Immanuel KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (1785), texto íntegro de la traducción de Manuel García Morente (Madrid, 1921) en la edición de Pedro Rosario Barbosa, San Juan, 2007, Capítulo II (4:428 y 4:429).

<sup>6</sup> *Persona*, cuyo concepto posee entidad mayor, no permitiendo actividades patronales de intromisión y manipulación, actividades empresariales que sí tolera –eventualmente– el concepto de *ciudadano*, el cual, con atractiva apariencia de *progresismo*, alguna tendencia procura introducir.

Y que abogados llamados por el aparato parlamentario a asesorarle deberían tener presente, superando las tendenciosas concepciones del "*mercado de trabajo*". El trabajo no es mercancía.

<sup>7</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, traducción por Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, págs. 945 y 946.

*armónico de relaciones de vida, reguladas jurídicamente, que se dan en una sociedad o un grupo social en un momento determinado. En otras palabras, el ordenamiento viene a ser algo así como el armazón del orden, y éste, una suma estructurada de relaciones de convivencia entre los hombres. Por consiguiente, aunque formalmente haya sido dado por los órganos y guardando los procedimientos preestablecidos para ello, un Derecho que no asegure un nivel apreciable y suficiente de convivencia tampoco es en la realidad Derecho*<sup>8</sup>.

Puede enfocarse el Derecho, en sentido objetivo, como conjunto de normas, sistema u ordenamiento de normas, es decir, la forma del sistema de relaciones. También puede enfocarse como sistema u ordenamiento de relaciones sociales, o sea, el contenido de las normas, por cuanto el ordenamiento jurídico estructura un sistema de vínculos (forma de organización de relaciones sociales), relaciones de poder que marca nexos entre unos y otros, y *no solamente un conjunto de artículos que regulan esas relaciones o una institución jurídica formalmente definida*. Sistema de relaciones sociales, expresión jurídica de enlaces –y de condicionamientos- estrechamente vinculados con el tipo de régimen económico que en ese Estado se impone o se acepta<sup>9</sup>.

Sea que se enfoque como conjunto normativo o como forma organizativa de relaciones sociales<sup>10</sup>, el ordenamiento jurídico posee parámetros informadores. No obstante, parte de él, la legalidad (entendida como legislación, su actividad y su efecto o resultado preceptivo), no siempre es homogénea, pudiendo –muy probablemente dado que es resultado de fuerzas sociales en lucha- presentar dualismo o ambivalencia en sus contenidos y, así, en la interpretación de los mismos.

Cada ordenamiento particular y concreto se halla constituido y determinado, y se distingue de los restantes, incluidos los que inmediatamente le preceden y le subsiguen, por sus contenidos, orientaciones y valoraciones, que son los que le dan existencia real y le individualizan.

En el caso del ordenamiento jurícolaboral chileno, se impregna de valores originados en intereses colectivos; sin embargo, no parecen apreciarse debidamente.

## Creación, aplicación y enseñanza del Derecho.

Toda norma jurídica implica valoraciones, y esto debe tenerlo presente la actividad hermenéutica. RECASENS lo reconoce, y aprecia que otros autores (como HECK y POUND), subrayan que las normas jurídicas generales entrañan una delimitación de los intereses que se consideran dignos de protección jurídica, así como una jerarquización o tablas de prioridades entre esos intereses, y que tal reconocimiento y ordenación jerárquica responden a su valoración o aprecio por el o los grupos que ejercen el poder<sup>11</sup>.

Discurriendo en lenguaje rivacobiano, la actividad legislativa no se somete a una simple operación técnica; por el contrario, el *ius dare* siempre es de naturaleza política. Es que la creación del Derecho consiste en optar por determinados intereses y valores que comparte o habrá de asumir una sociedad organizada en Estado, proponerse con arreglo a ellos determinados fines de significación colectiva, dictar normas de conducta que estimen dichos intereses, preserven aquellos valores y realicen estos fines, y disponer o aspirar a disponer del monopolio del poder o fuerza social, para imponer el cumplimiento de tales normas y hacerlas efectivas independientemente y aun contra la voluntad de sus destinatarios, o sea, de los obligados por ellas; y eso implica, por esencia, índole política. Tal generación siempre es una función política, alcanzando por igual o más al que aconseja que al que legisla, al asesor que al legislado.

Su orientación y su resultado o contenido dependerán de la mayor o menor fuerza que los grupos o sectores sociales -cuyos intereses se confrontan-, posean en la sociedad y en el Estado.

Ahora bien, las valoraciones dominantes no implican siempre a las más extendidas, sino aquellas con el poder<sup>12</sup> para imponerse e imponerlas y hacerlas efectivas dentro de la

<sup>8</sup> Manuel de RIVACOBIA, "Violencia y justicia" (1994), inserto en el volumen homónimo, 2ª edición, Dirección de Extensión de la Universidad de Valparaíso, 2012, pág. 36.

<sup>9</sup> Max Ernst MAYER le divisa como conjunto de *acciones* en vez de conjunto de *normas*. En su *Filosofía del Derecho*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, pág. 127.

<sup>10</sup> La consideración no sólo de normas sino, además, de tales *relaciones*, incluye al formalismo jurídico. Hasta BOBBIO reconoce que, para tal orientación, "*la labor del jurista consiste en la subsunción de hechos, actos, relaciones o institutos...*". Citado por Enrique ZULETA, en su "Hermenéutica jurídica e historicismo", incluido en el volumen colectivo *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo II, Edeval, Valparaíso, pág. 668, nota 13. La negrita es nuestra.

<sup>11</sup> Luis RECASÉNS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 19ª edición, Porrúa, México D.F., 2008, pág. 663.

<sup>12</sup> Poder entendido como toda situación de superioridad e imposición social, que comprende no sólo la fuerza material sino también otras más refinadas (frecuentemente más eficaces), como las proporcionadas por el

colectividad, sea por el empleo de la fuerza, por el temor, el respeto o la convicción que infundan, o por reflejar realmente estados de opinión mayoritarios.

Recordemos, también, que no sólo el *ius dare*, el dar el Derecho, tiene naturaleza política; también el *ius dicere* (interpretarle y aplicarle), e incluso en el *ius docere* (enseñarle) guarda o envuelve adoptar posición política. La esencia política de la generación jurídica incide en las actividades complementarias de aplicar el Derecho y de enseñarlo. La asepsia política es imposible; y las actitudes que se sienten o proclaman neutrales son, respectivamente, o inconscientes o hipócritas.

Respecto de la docencia o enseñanza del Derecho, la formación, ambiente, circunstancia familiar y vínculos culturales y económicos del profesorado repercute en su enfoque dominante. No es menor el papel y efectos ideológico-conductuales que desempeña: encauza, forma juicios y forja prejuicios.

No escasa docencia universitaria laboral continúa manifestándose teñida de conceptualismo y formalismo, que rehúsa exhibir el trasfondo de la normativa laboral, es decir, las luchas o combates económicos sociales, esquiva para transmitir una realidad medular: que el reconocimiento de derechos han sido fruto de luchas sociales.

## **Derecho y cambio social.**

Es intensa la influencia recíproca entre circunstancias económicosociales y Derecho, y la capacidad de éste para servir u operar, en mayor o menor grado, como instrumento de reforma social. La función instrumental se evidencia, por ejemplo, en transformaciones tales como las originadas en la organización sindical de trabajadores, que obligaron a adoptar medidas legislativas más o menos rápidas. Los cambios producidos en la sociedad se reflejan -más tarde o más temprano-, sobre el ordenamiento jurídico y éste, a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas de conducta colectiva, aunque no necesariamente de modo automático<sup>13</sup>.

## **Derechos fundamentales versus situaciones de poder (derechos contra poderes).**

### **Función garantista del Derecho.**

La función garantista del Derecho consiste en la *minimización del poder*, que de otro modo sería absoluto: de los poderes privados, tal y como se manifiestan, por ejemplo, en la explotación de dominio económico y de abuso interpersonal; y de los poderes públicos, tal y como se expresan en las arbitrariedades políticas y en los abusos de poder policiales y administrativos.

La técnica de esta minimización envuelve maximización de derechos fundamentales y de la correlativa limitación de las situaciones jurídicas de poder. Sobre esta distinción, FERRAJOLI aclara que los primeros son ejercidos mediante actos no productores de efectos y, por consiguiente, no nocivos para terceros; en cambio, las segundas son ejercidas mediante actos generadores de efectos en la esfera jurídica ajena.

Limitan la libertad las leyes que comprimen derechos fundamentales; por el contrario, aquellas dictadas para la defensa de tales derechos limitan sobre todo los poderes de los sujetos más fuertes, en garantía de las libertades o de las expectativas de los sujetos más débiles: por ejemplo, las leyes que protegen el trabajo limitan los poderes de los patronos, ampliando correlativamente libertades y derechos de los trabajadores.

La función garantista del Derecho consiste, así, en limitación de poderes y en la correspondiente ampliación de libertades. En este sentido, la libertad -pero también la igualdad, en su calidad de garantía de los derechos fundamentales de todos- depende de las leyes, y cada vez que una libertad atenta contra la libertad de los demás quiere decir que se ha convertido en un poder<sup>14</sup>.

Para cumplir tal función es necesario luchar. Democratizar implica poner límites y obligaciones a potestades privadas: toda reforma democrática se ha producido a través de la introducción de límites y obligaciones legales a las potestades privadas -que de otro modo serían absolutas- y mediante la institución de una tutela judicial de los derechos fundamentales ofendidos por aquéllas<sup>15</sup>.

---

hábito en el comportamiento o las técnicas de persuasión o determinación de conductas, sea por simpatía, por sumisión acrítica, por miedo e incluso por acción subliminal (RIVACOBÁ).

<sup>13</sup> Véase, de Carlos NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 12ª reimpresión de la 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 302.

<sup>14</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, págs. 931 y 932.

<sup>15</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, pág. 935.



## Coherencia básica esperable del ordenamiento. Desarmonía lógica y criterios de solución.

Posturas influyentes tradicionalmente han proyectado una imagen del ordenamiento jurídico como sistema cerrado y autosuficiente. Sin embargo, recibe valoraciones y puede traducir intereses no sólo disímiles sino, incluso, contrapuestos o antagónicos; aun así, su estructura jerárquica le permite presentarse priorizando si no única al menos predominantemente un concepto o modelo de la persona y de las relaciones económicas sociales; más cuando, al menos para efectos estético-políticos, no puede aparecer –usando una descriptiva y ya centenaria frase– dándose *puñetazos a sí mismo*.

Ahora bien, anhelando reconstruir dogmáticamente<sup>16</sup> el ordenamiento, se busca de éste congruencia interna, compatibilidad de las normas que le componen, cualquiera de las cuales es aplicable sin contravenir otra. Que, no albergando contradicciones internas, implique una expresión coherente de sí mismo. Entendiéndose como regulación que, siendo jerarquizada, debe ser congruente, sea como ordenamiento (de normas), o como ordenamiento (sistema) de relaciones sociales<sup>17</sup>.

Y ya advertimos que en dicha tarea probablemente se encontrarán inconsistencias. Son de carácter lógico comúnmente aquellas nacidas por la existencia simultánea de dos o más regulaciones de una misma relación o situación, que chocan o se contraponen entre sí. Ocurre cuando se asigna una misma denominación a dos entidades normativas diversas, generándose conflicto ya que una sola realidad o situación concreta no puede ser entendida normativamente en concepciones diferentes. Implican conceptualizaciones incompatibles: una dice esto y otra dice lo otro.

En otras palabras, hay contradicción entre normas cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles. Así, un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones, y lo hace de tal modo que la conjunción de esas soluciones constituye **una** contradicción normativa. De allí, la primera condición para que haya inconsistencia normativa es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad; la segunda es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles<sup>18</sup>.

Siendo a veces producto de deficiencias de términos, en que con las mismas palabras se denomina a situaciones diversas, puede solucionarse localizando y dilucidando las diferencias, ilustrando lo que es diverso y que se había tomado por idéntico. Abordados por la técnica jurídica y enfocados por la doctrina, son conocidos los criterios tradicionalmente utilizados para resolver antinomias: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial<sup>19</sup>.

Ahora bien, en el Derecho Laboral se reconocen otros, ya con entidad de **principios** – que luego veremos–, y que se aplican preferentemente en esta rama, que, informando sus normas, y obligan al intérprete.

## Congruencia e incongruencia axiológica. La legalidad laboral chilena respecto del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, latiendo intereses al interior del ordenamiento jurídico, es dable localizar en él desajustes valorativos.

Ya en el ámbito laboral, según la fuerza que en un momento histórico posean los sectores sociales directamente envueltos como contrapartes en el nexo del trabajo dependiente, es también dable que existan y se localicen desajustes de índole axiológica.

Aclaremos que no implican desajustes del Derecho Laboral, sino desarmonías entre la legalidad –cuya misión es acatarle y realizarle– y aquél.

Generando conflictos mayores al atacar la esencia valorativa o contenido constitutivo del Derecho Laboral, pueden darse entre las estimaciones receptadas al interior del ordenamiento, y que lo informan; o envolver pugna entre tales valoraciones normativas

<sup>16</sup> La expresión dogmática la entendemos como RIVACOBAs, es decir, como método enriquecido, superando su lastre formalista-conceptualista.

<sup>17</sup> La *dependencia* y *subordinación* son elementos que marcan y tiñen esta última índole; relaciones sociales generadas por insuficiencia y ligazón económica, así fijadas por la ley.

<sup>18</sup> Carlos NINO, ob. cit., págs. 272 y 273.

<sup>19</sup> Luis PRIETO, "El juicio de ponderación constitucional", en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Miguel Carbonell, editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 86.

Véase, asimismo, de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción a la Lógica Jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1951, págs. 27 y ss.

(*tal como son*), con las valoraciones y requerimientos colectivos o comunitarios (*como deben ser*).

Constituyendo tema de política jurícolaboral, son mayores las contradicciones axiológicas que laten en el ordenamiento chileno, incongruencias tanto consigo mismo como respecto de las valoraciones colectivas.

Y es que debemos considerar que es esta una rama jurídica con presupuesto y norte bien definido, con precisos principios, valores y fines. ARESE reitera un dato, conocidísimo pero ilícitamente desdeñado: la sujeción en relación de dependencia impide que el trabajador pueda, por sí mismo y en forma individual, trastocar las relaciones de fuerzas en la empresa. Al Derecho Laboral le corresponde compensarlo, procurar su reequilibrio relacional; es ésta la operación tradicional y pionera del Derecho del Trabajo en el marco del Derecho todo<sup>20</sup>.

Así, reconocido en el ordenamiento laboral tanto un elenco de bienes jurídicos cuanto una jerarquía entre ellos, se quebranta la prevalencia interna –y por ello su armonía-acogida al reglamentar, por ejemplo, una institución, resultando ésta menos apreciada o estimada (normativamente) que el valor al cual debe ajustarse o responder; desajustando, en consecuencia, la regulación, conforme a parámetros jurícolaborales queda la tutela de una de las partes desequilibrada. En Chile, es el caso de la insuficiente –o nula- tutela de la maternidad bajo contrato transitorio. O de la *estabilidad en el empleo*, enunciada tal cual en la rúbrica del Título V del Libro I del Código, pero tratada de modo diverso, particularmente en el precepto cobijado en el artículo 161 del Código, que parece exigir justificación real para el despido pero que, por historia y regulación, implica una autorización para que patronos puedan terminar contrataciones de expedito modo<sup>21</sup>.

Asimismo, le desajusta, por ejemplo, la existencia de preceptos que autorizan a la parte empleadora para aplicar multa al trabajador, operable mediante descuento a su remuneración, invocando infracción a obligaciones fijadas en el reglamento interno empresarial<sup>22</sup>, esto es, un cuerpo normativo unilateralmente generado. Lesionada con su efectiva aplicación, exacción que, en los hechos y previsiblemente, opera como pena (infundadamente disciplinante, método de intimidación hacia el resto); y, en no pocos casos, mucho más gravosa que una multa de origen administrativo o judicial. Que permite la invocación de *infracciones* ínfimas, de nula lesión objetiva a necesidades de interés común.

Incongruencias efectivas, también, al castigarse conductas de trabajadores con mayor severidad, pese a que en aquellas acciones pueden estar envueltos menos bienes jurídicos, o de menor entidad. Por el contrario, se sancionan levemente, se hace conscientemente inaplicable su castigo, o simplemente no se castigan, conductas patronales que lesionan uno o más bienes, o bienes de importancia suma (como son la dignidad y vida privada de trabajadores<sup>23</sup>). Su calificación de importancia mayor es fruto del propio ordenamiento, mediante su reconocimiento expreso y jerárquicamente prevalente, aprecio normativo intenso y extenso, incluso mediante instrumentos internacionales que en Chile justificadamente poseen privilegiada ubicación y pleno valor y obligatoriedad, pero que no se hacen cumplir.

Enfocando al trabajador como medio, su resultado práctico es instrumentalizarle para el logro de fines ajenos o extrínsecos, favoreciendo a la contraparte en satisfacción de una específica política económica conectada a su interés y lucro. Tan extendida práctica es ilícita. La calidad de persona del trabajador prohíbe dicho trato empresarial, legal y funcionario.

## **Ordenamiento jurídico, estructura social y alternativismo. Sistema jurídico y garantismo.**

Examinando diversos ordenamientos jurídicos, la corriente conocida como *uso alternativo del Derecho* (*alternativismo*), comprobó un desolador déficit de realización, efectividad y respeto de imperativos constitucionales fundamentales en los niveles normativos

<sup>20</sup> Mauricio ARESE, "Negociación colectiva: un sistema original y transformador", incluido en el volumen *Derecho del Trabajo. Hacia una Carta sociolaboral latinoamericana*, Ediciones B de f., Buenos Aires, 2011, págs. 155 y ss.

<sup>21</sup> La ley 19.010, de 1990, instaló el despido por "*necesidades de la empresa*", hoy cobijado en el artículo 161 del Código laboral, con posterioridad levemente modificado, aunque no en su esencia; regulación que, tal como lo revela su Mensaje presidencial (número 100, de 1990, párrafo 8º), derechamente buscó –y logró- brindar amplias facultades para la parte empresarial, de cese inmediato de contratos individuales.

<sup>22</sup> Código del trabajo, artículo 154, número 10.

<sup>23</sup> Al legislarse guiándose por intereses empresariales o bajo teorías adecuadas al régimen neoconservador.

ordinarios y en la conducta estatal legislativa y práctica. Según IBÁÑEZ<sup>24</sup>, para esta corriente el ordenamiento es incompleto, abierto, con lagunas, fisuras y grietas, en donde se reflejan y reproducen las contradicciones de la sociedad fracturada en estratos o clases, que presenta avances insertados gracias, entre otros factores, a la lucha y a conquistas de sectores postergados o explotados. El proceder hermenéutico alternativo indaga tales contradicciones normativas o aporías clasistas en el interior del ordenamiento, para manejarlas jurisprudencialmente en una perspectiva –se señala– radicalmente libertaria e igualitaria.

En lo que atañe al enfoque garantista, FERRAJOLI, apuntando, más globalmente, a los sistemas jurídicos, ilustra: *“En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal –y por tanto irrealizado y pendiente de realización– de sus propias fuentes de legitimación jurídica”*<sup>25</sup>.

## Jurisprudencia de conceptos y el conceptualismo.

Tal corriente labora utilizando construcciones en procura de obtener un sistema jurídico cerrado. Que entiende que si los conceptos jurídicos son fuente de conocimiento, partiendo de éstos se podría obtener, por vía deductiva, nuevos conceptos y normas, que se integrarán al sistema jurídico. Descomponiendo los institutos jurídicos en proposiciones jurídicas, a partir de ellas, también mediante descomposición, se alcanzaría sus elementos lógicos básicos o elementales. En pocas palabras, utilizando categorías, divisiones y subdivisiones, conoce la realidad jurídica reduciéndola al conocimiento de conceptos y a la forma y combinación que éstos presentan.

Se anota que fue la escuela histórica, y la persona de Savigny, quienes inicialmente atienden su método de investigación y exposición<sup>26</sup>. Aunque no operen en el Derecho Laboral chileno como marco obligatorio, toda vez que la razón de ser y caracteres de éste acoge métodos propios de interpretación y de solución de problemas (guiados por los principios de la rama), no está de más recordar que los cuatro elementos o aspectos<sup>27</sup> (no “modos”, porque no se excluyen), de la interpretación jurídica recogidos en el Código civil chileno, y que por tradición o inercia se aplican no sólo en esa rama, fueron diseñados particularmente por aquéllos<sup>28</sup>.

Considerando que en Chile aun poseen expresa recepción para la interpretación de la norma civil, pero que también reconocen el método finalista, señalemos cómo se enfocaba el elemento lógico y el sistemático: el primero, *“...tiende hacia la estructuración del pensamiento, o sea, hacia la relación lógica en la que se hallan sus diversas partes”*; el segundo, *“...se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad. Este plexo se hallaba lo mismo que el contexto histórico en la mente del legislador; y por consiguiente no conoceremos por completo su pensamiento, si no esclarecemos la relación en la cual la ley se encuentra con todo el sistema jurídico y el modo en que ella debía intervenir eficazmente en el mismo”*<sup>29</sup>.

Ahora bien, entendiendo por *conceptualismo* la explicación de las reglas jurídicas por medio de simples construcciones conceptuales, sin atender a su finalidad social ni a los intereses implicados, la dogmática no puede reducirse a aquél. Menos incluso, si pasa por alto los intereses individuales y sociales que operan en la generación y en la práctica del Derecho y en la realidad de la vida social, y evita enfrentar los problemas vinculados con la aplicación de las normas jurídicas.

<sup>24</sup> María De Lourdes SOUZA, “Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica”, citado, nota 34.

<sup>25</sup> Ob. cit.

<sup>26</sup> Descripción por Antonio HERNÁNDEZ GIL, en “La Escuela Histórica. Iniciación de los Métodos Dogmáticos”, incluido en *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo I, Edeval, Valparaíso, 1979, págs. 240 y ss.

<sup>27</sup> Véase, de Hermann PETZOLD, “Savigny y el artículo 4º del Código Civil Venezolano”, en *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo II, Edeval, Valparaíso, 1979, págs. 746 y ss., y de Fernando QUINTANA, “Savigny, el Romanticismo y la Hermenéutica”, incluido en la obra recién citada, págs. 651 y ss.

<sup>28</sup> Hermann PETZOLD, “Savigny y el artículo 4º del Código Civil Venezolano”, citado, págs. 741 y ss.

Otros autores valoran, también, el aporte de Thibauth, quien desarrolló –según QUINTANA– una teoría completa de la interpretación (Fernando QUINTANA, “Savigny, el Romanticismo y la Hermenéutica”, citado, págs. 648 y 651).

<sup>29</sup> Federico Carlos von SAVIGNY, “Los Fundamentos de la Ciencia Jurídica” (traducción del alemán por Werner Goldschmidt), en la obra *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, págs. 83 y 84. Le refiere PETZOLD, en “Savigny y el artículo 4º del Código civil venezolano”, citado, págs. 146 y 147.

En no pocos sectores se divisa la aplicación de tal orientación, siendo fenómeno que cruza las ramas jurídicas. RIVACOBÁ le percibe como tarea envuelta en la búsqueda y captura "de los conceptos más elementales de la realidad jurídica, a partir de los cuales y mediante un proceso de abstracción creciente se van obteniendo conceptos cada vez más amplios y generales, descubriendo consecuencias ínsitas y quizá no patentes en su concatenación y elaborando las diversas construcciones de las distintas instituciones, hasta culminar en un sistema omnicomprendivo y autosuficiente, cerrado que ordene en y reduzca a una unidad conceptual la realidad normativa del ordenamiento y que permita descender a nuevos conocimientos y resolver o disolver lógicamente cuantas dificultades y antinomias se presenten o latan en su seno; todo ello — y esto es lo característico—, prescindiendo de cualquier cuestionamiento acerca de su contenido y, por consiguiente, de la consideración de los valores que lo informen y trate de realizar y de los fines hacia los que tienda y que se proponga alcanzar, o sea, contemplando la materia jurídica recortada sobre sí misma, en su mera entidad formal y aislada de cualquier otra, como si por su propio ser se mantuviera situada en una campana neumática".

STERNBERG describió al formalismo jurídico como "[...] un intelectualismo extremado, un exceso o excrecencia de la actividad lógica en la ciencia del Derecho, alentada por una fe en la autoridad y el poder mágico de la elaboración y las relaciones de palabras y conceptos, bajo las cuales se pierde de vista como cubierta con un velo la finalidad de las normas". En pocas palabras, "obra alambicada de lo que en el fondo no pasa de ser un verdadero fetichismo verbal"<sup>30</sup>.

RECASÉNS es concluyente con este proceder: el pecado original, fuente de todos los demás errores y de todos los demás desaguisados que se cometieron al impulso de la manía logicista, por las jurisprudencias conceptualistas, fue convertir lo que es tan sólo un producto humano, con validez y alcance limitados a ciertas situaciones históricas, en principios supuestamente ideales de validez absoluta<sup>31</sup>.

No obstante, la postura de aparente neutralidad y cientificidad permite que el aparato conceptual tanto de la exégesis como del conceptualismo persista -metódica y tenazmente- como bagaje teórico en el aprendizaje y/o enseñanza jurídica<sup>32</sup>.

## Dogmática como actividad valorativa y finalista.

Se reconoce en la dogmática un quehacer cultural, valorativo (del *deber ser*), y finalista, al momento que los valores se constituyen en fines del obrar. Esto es, siendo el Derecho una entidad valorativa y dándose por razón de fines (independientemente de sus fracturas e irrealizaciones), la ciencia que le aborda ha de ser cultural y finalista; y, procurando localizar el *télos* de normas e instituciones, su método ha de ser teleológico.

Si bien nace con perfiles estrechos (lo avisa su propia denominación), al método dogmático hoy le reconocemos perfiles amplios: "Una de las consecuencias más evidentes de la rebelión antiformalista en el campo jurídico ha sido precisamente la superación de la pretensión del positivismo de elaborar una ciencia reclusa en sí misma, al margen de las inquietudes y problemas de su tiempo y su sociedad"<sup>33</sup>. Método que hace más de un siglo, especialmente gracias a los escritos de madurez de IHERING, se abre a la primacía de elementos teleológicos en la labor teórica y metodológica del jurista; varias escuelas transitan por estos senderos<sup>34</sup>, superando el formalismo-conceptualismo que le condicionaba -o determinaba-.

Es que las normas jurídicas, en el más amplio sentido, contienen supuestos de hecho implicados por realidades sociales, juntamente con un mandato o una prohibición adecuados para ordenarles. Por muy quintaesenciados que se nos presenten los conceptos, no pueden desconocer esto<sup>35</sup>, más cuando, como advierte ZULETA, "un sistema conceptual se forma a través de incorporaciones graduales de elementos heterogéneos y

<sup>30</sup> Manuel de RIVACOBÁ, en *¿Hacia un nuevo conceptualismo jurídico?*, Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), segunda época, número 13, Madrid, 1998, págs. 109 y ss.

<sup>31</sup> Luis RECASÉNS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, citado, pág. 652.

<sup>32</sup> Véase, de María de Lourdes SOUZA, la Introducción a *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales e ILSA (Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos), Bogotá, 2001.

<sup>33</sup> Enrique ZULETA, "Hermenéutica jurídica e historicismo", incluido en el volumen colectivo *Savigny y la Ciencia del Derecho*, tomo II, Edeval, Valparaíso, págs. 661 y ss.

<sup>34</sup> Véase, de Enrique ZULETA, "Qué significa para nosotros Ihering", en el volumen colectivo *Ihering y la lucha por el Derecho*, Edeval, Valparaíso, 1976-1977, pág. 243.

<sup>35</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, "Ihering y el método de la construcción jurídica", en el volumen colectivo *Ihering y la lucha por el Derecho*, Edeval, Valparaíso, 1976-1977, pág. 334. Estudio que integra la obra del mismo autor, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, volumen I, 2ª edición, Madrid, 1971.

*aun opuestos en su naturaleza y origen*<sup>36</sup>.

Hoy, la dogmática sólo puede entenderse superando marcos y condicionamientos: "La dogmática tradicional, que considera al derecho tan sólo como un sistema de normas abstractas, cuya significación se aclara por medio de la lógica y de la interpretación de los conceptos, en todo caso, ya no está en condiciones de cumplir con esta tarea [desarrollar conocimientos y ampliar el horizonte del saber]"<sup>37</sup>. Más aun, "La tradicional definición, conforme a la cual la ciencia jurídica es ante todo la disciplina de la exacta interpretación y de la aplicación concreta de la norma vigente, ya no satisface en parte alguna. Y esto no sólo porque dicha definición no abarque dos terrenos hoy en día ampliamente reconocidos, como lo son la crítica y la política jurídica..."<sup>38</sup>.

Incluso REALE consignó que las estructuras lógicas de la dogmática jurídica tradicional no corresponden a las transformaciones operadas en la sociedad<sup>39</sup>.

## **La ley depende del Derecho.**

### **El objeto de la tarea dogmática no se reduce a la legislación.**

De muy antiguo se advierte que la ley depende del Derecho, y no el Derecho de la ley; ésta se somete al Derecho, a sus principios, valores y fines. La regla (o sea la ley) expone brevemente lo que es; el Derecho no se deriva de la ley; en cambio la regla se deriva del Derecho existente<sup>40</sup>.

La dogmática no puede realizarse ni ser comprendida aislando las normas -sobre las que labora- de la realidad en que se producen y en que se aplican, ignorando que implican un momento en un proceso cultural, consecuencia de cuantos le anteceden y antecedente de los que le sigan; soslayando el contexto económicosocial en que palpitan y al que pertenecen; circunstancia fuera de la cual no sólo no poseerían sentido sino que ni siquiera existirían.

Para no disminuirse a mera exégesis o a timorata descripción superficial del ordenamiento, la dogmática no puede condicionar su labor única y exclusivamente en el conjunto de preceptos que componen la legislación<sup>41</sup>. Su objeto no se reduce a ésta ni a las restantes fuentes formales del Derecho; debe envolver, igualmente, el complejo de principios, valores, exigencias y fines reconocidos por el Estado, que fundan e inspiran el ordenamiento laboral; debe atender sus fundamentos y condicionamientos, observar su circunstancia y relaciones, mirar y escrutar alrededor y bajo él<sup>42</sup>.

## **Contenido de la ciencia jurídica.**

Se distingue<sup>43</sup> dos tipos de operaciones que la ciencia jurídica desarrolla. En primer lugar, la tarea *empírica* de determinar qué enunciados constituye la base de un orden jurídico, tarea que ROSS considera como su actividad central. En segundo lugar, las operaciones *lógicas* de sistematización del Derecho, la cual consta de dos pasos; en el primero, se derivan las consecuencias lógicas de los enunciados que constituyen la base del sistema, empleando ciertas reglas de inferencia; esto permite mostrar los defectos lógicos (lagunas, contradicciones y redundancias) que el sistema pueda tener; en una segunda etapa, se trata de reemplazar la base original del sistema por una más económica pero equivalente a ella, o sea, por un conjunto más reducido de principios que sean lo más generales posible, siempre que tengan las mismas consecuencias lógicas que las normas que reemplazan.

A primera vista, pareciera que no es parte de la actividad "científica" frente al Derecho el *resolver* las indeterminaciones (lagunas, contradicciones, vaguedades), que el sistema puede presentar, sino sólo el *ponerlas de manifiesto*. Sin embargo, su cometido central consiste precisamente en superar tales indeterminaciones, orientando a quienes deben aplicar el Derecho sobre cuál es su interpretación correcta o adecuada. Algunos juristas

<sup>36</sup> Enrique ZULETA, "Hermenéutica jurídica e historicismo", citado, pág. 713.

<sup>37</sup> Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho Comparado*, volumen III, traducción del alemán por Enrique Aimone, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1991, pág. 43.

<sup>38</sup> Ob. cit., pág. 42.

<sup>39</sup> En 1968, en el texto original de su *Teoría Tridimensional del Derecho. Preliminares históricas y sistemáticas*. Versión castellana: *Teoría Tridimensional del Derecho*, traducción por Juan Sardina-Páramo, Edeval, Valparaíso, 1978, pág. 32.

<sup>40</sup> La máxima se asigna a Paulo.

<sup>41</sup> Enfoque de milenario antecedente; el Digesto recogió: "No es lícito juzgar o resolver una conducta, tomando en cuenta sólo una parte de la ley, sin haberla estudiado en su conjunto" (1.3.24).

<sup>42</sup> Imposible soslayar el aporte rivacobiano.

<sup>43</sup> Lo señala Carlos NINO, ob. cit., págs. 317 y 318.

dirán que esta última tarea forma parte de la descripción y sistematización del Derecho; otros aceptarán un concepto de descripción y sistematización semejante al de ROSS o ALCHOURRÓN y BULYGIN, es decir, que ellos no se limitan a describir y sistematizar el Derecho, sino que, además, realizan frente a él una labor reconstructiva.

## **Dogmática y precisiones terminológicas. Enfoque crítico, papel y desafío del jurista.**

Reiteremos que la expresión *dogmática*, como actividad de interpretación y sistematización –e incluso reconstrucción– del ordenamiento–, no puede reducirse a la simple descripción de éste. Si bien es cierto que el origen y etimología de la expresión da señales de que, cualquiera sea la opinión que merezcan, las normas jurídicas se imponen imperativamente, tal sesgo no impide ni debe inhibir la actitud crítica frente a la ciencia jurídica, más aun cuando toda ciencia –como actividad racional que es– tiene que ser crítica.

Por ello, no corresponde a la dogmática laboral consagrar o legitimar las contradicciones, encubriendo, disimulando o maquillando lo arbitrario. Tampoco ignorarlas. Más aun, debe mirar al futuro, añadiendo a la reconstrucción crítica del ordenamiento que es y como es – con propuestas político laborales–, de lo que debe ser y como debe ser. El enfoque crítico es esencial; ejercida plenamente, la dogmática presenta y requiere a la instancia o aparato colegislador el cómo debe ser su misión y objetivo de regular el nexo del trabajo dependiente en procura de reducir lo más posible el desajuste económicosocial generado por el régimen.

Aunque el objeto de estudio sea el Derecho Laboral vigente, cuando planteamos los resultados logrados en la interpretación y estudio dogmático de tal Derecho vigente, ponemos bases, entregamos líneas de lo que el Derecho *debe ser*<sup>44</sup>. La mirada crítica del Derecho existente revela el que debe regir. Las exigencias o requerimientos laborales acercan –así– su transformación en normas jurídicas. Y es que, aunque no logre concretarse en una normativa diversa, igualmente colabora al progreso jurídico, a la adecuación del ordenamiento a los requerimientos sociales. La actividad dogmática crítica, ejecutando su rol dinámico, al postular cambios que mejoren el Derecho existente, o requiriendo su total reemplazo por otro, y sea que la actividad legisladora le acoja o no, siembra el Derecho del mañana.

En palabras de RIVACOBÁ, *el enfoque crítico del derecho existente señala el que debe regir, en cuanto aporta datos y exigencias sociales y valorativas de una comunidad históricamente determinada.*

La misión del jurista no es sólo describir el Derecho *de lege lata*, sino, además, proponer soluciones *de lege ferenda*, correspondiéndole atender –también– el desfase entre normas y valoraciones comunitarias preponderantes. No hacerlo revela conformismo, que, lejos de ser neutral, afianza en la sociedad relaciones de predominio imperantes.

<sup>44</sup> "El jurista, como científico del Derecho, proyecta jurisprudencia, y como político, proyecta leyes" (ZAFFARONI).

## Capítulo II

### Hermenéutica.

### Principios, interpretación teleológica, escuelas recientes

#### **Sin interpretación no puede haber Derecho.**

#### **Subsunción, silogismo.**

Se afirma que la dogmática tiene en la interpretación a una de sus principales tareas y momentos<sup>45</sup>. Sin interpretación, sin función interpretativa, no puede existir ordenamiento jurídico, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y –eventualmente– aplicadas. Si las normas generales –código, leyes especiales, reglamentos– se expresan en términos relativamente generales y abstractos, las realidades sociales, en las cuales se debe cumplir la norma, y en su caso aplicarse, son siempre particulares y concretas, siendo así necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos; y esto es interpretación<sup>46</sup>.

Aplicar la norma supone interpretarle. Comúnmente, la aplicación del Derecho se asocia con la operación de subsunción. Subsumir un caso individual en una regla general equivale a establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada<sup>47</sup>. Al realizar el cotejo de su contenido con el hecho real es necesario un proceso de subsunción de la conducta realizada en la descripción legal, en el que participan órganos interpretativos, entre ellos el jurista (generalmente), el aparato gubernamental y el tribunal (siempre). Subsunción que debe entenderse en sentido amplio, no como operación mecánica; PRIETO constata que ahora ni los positivistas asumen que la aplicación del Derecho se ajusta al método de la subsunción donde el juez desempeña una función neutra o de simple autómatas, sino se entiende “*la interpretación como una actividad más o menos sujeta a las normas, pero donde resta siempre un espacio de libertad o discrecionalidad*”<sup>48</sup>.

Precisemos: no parece incorrecto entender el razonamiento judicial de modo clásico: como *silogismo*, cuya premisa mayor es la norma jurídica aplicable, la premisa menor sería la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión, la solución del caso; lo incorrecto es pensar que las premisas del razonamiento judicial –las normas jurídicas relevantes y la descripción de los hechos decisivos–, se obtengan por procedimientos mecánicos<sup>49</sup>.

#### **Interpretación debe orientarse considerando derechos humanos fundamentales.**

#### **Pensamiento fundado en derechos.**

Reconocer tanto la existencia de derechos laborales que integran derechos humanos y fundamentales, como de que los derechos humanos constituyen un mínimo ético y jurídico indisponible, sustenta la propuesta de desarrollar un “*pensamiento fundado en esos derechos*”. En efecto, si los derechos humanos –entre los cuales figura un relevante número de derechos laborales–, son el mínimo jurídico y ético indisponible –el “núcleo duro” del Derecho–, entonces es indispensable que toda operación jurídica, toda interpretación jurídica, parta, se inicie por esos derechos.

<sup>45</sup> A veces, *interpretar* puede señalar sólo al primer paso de la dogmática (la jurisprudencia o ciencia *inferior*, según IHERING, destinada a dar cuenta del sentido de las normas con que se enfrenta el jurista, de una ciencia superior, centrada en la conceptualización, la construcción y la sistematización), o referirse al conjunto de sus tres operaciones (interpretar, conceptualizar y construir, y sistematizar), según ha sentado la tesis más expandida. Véase, de Enrique ZULETA, “Hermenéutica jurídica e historicismo”, citado, págs. 709 y 710, y “Dogmática y Teoría del Derecho”, en el volumen *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, Edeval, Valparaíso, 1980, pág. 22.

<sup>46</sup> Véase, de Luis RECASÉNS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, citado, págs. 627 y ss.

Según Enrique ZULETA, pese a las críticas de KELSEN a lo que denomina *doctrina tradicional*, “*sus elaboraciones no trascienden sustancialmente el modelo originario. Interpretar es determinar el sentido de la ley*”. En “Hermenéutica jurídica e historicismo”, citado, pág. 675.

<sup>47</sup> José MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Miguel Carbonell, editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, págs. 69 y 70.

<sup>48</sup> Citado por María de Lourdes SOUZA, en su Introducción a *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, citado, nota 51.

<sup>49</sup> Carlos NINO, ob. cit., págs. 295 y 296.

El principio de la aplicación directa de los derechos humanos apunta a la mayor eficacia posible de las normas constitucionales e internacionales que les positivizan; la eficacia –o la búsqueda de la eficacia– es, también, una preocupación o cuestión ética, toda vez que tales derechos son la “*traducción jurídica*” del valor básico de la Ética personalista, que es la dignidad del ser humano; así, hay un “imperativo categórico” en la realización efectiva de ellos. Y deriva en la necesidad de desarrollar un pensamiento fundado en derechos, que centra el análisis y la interpretación jurídica en el desarrollo de los derechos fundamentales y en su eficacia o aplicación práctica<sup>50</sup>.

Por otra parte, los principios axiológicos formulados en sede filosófica pueden servir también como principios generales del ordenamiento, idóneos, gracias a su coherencia con los principios constitucionales unívocamente establecidos, para orientar *desde dentro* tanto las decisiones interpretativas relativas a las normas constitucionales de significado incierto, como la política reformadora del legislador ordinario. Tales principios, como principios políticos expresamente enunciados en las constituciones y en las leyes o implícitos en ellas y extraíbles mediante elaboración doctrinal, presiden el ejercicio del denominado poder de verificación judicial<sup>51</sup>.

### **Interpretación teleológico-finalista, enfoque sistemático.**

La dogmática, por la índole del objeto estudiado, convoca a la interpretación teleológica; no reduciéndose a observar meras situaciones formales, exige intelección de preceptos y conceptos atendiendo a su contenido y finalidad; requiere que la indagación fundamental gire en torno al bien protegido (fin específico de toda norma) y a su ubicación o prelación jerárquica. Interpretar la ley según sus fines implica ubicar el bien valorado, localizar su fin esencial; puede ser, por ejemplo, la seguridad laboral, el descanso básico o la compensación económica suficiente.

Por añadidura, atiende los preceptos y elabora los conceptos jurídicos no como entidades puramente lógicas, sino en cuanto se refieren a valores (y fines) y, por tanto, con sentido histórico, económico y social. HERNÁNDEZ GIL recuerda que los conceptos no son puras formas, como los números, mediante los cuales lo mismo se cuentan guisantes que rosas, pues los conceptos y mucho más los principios del Derecho, postulan siempre un «deber ser» axiológico.

La interpretación jurídica no se reduce a pensar posteriormente lo que ya había sido pensado por integrantes del órgano legislador: “[...] *por el contrario, consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso del pensamiento. La jurisprudencia es una ciencia práctica, llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer. Ello la obliga a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarlas o aprobarlas*”<sup>52</sup>.

### **Método teleológico y corrientes interpretativas.**

Fundadas corrientes metodológicas reconocen –integrándole– a este método. Por una parte, la jurisprudencia de intereses, que enfoca al Derecho como producto de aquellos albergados en la sociedad. El conocimiento del Derecho exige centrar la atención en los *intereses*, cuyo sentido es amplio, que, derivando de variados factores, pueden implicar muy diversa índole: materiales, económicos, artísticos, nacionales, morales, u otros. Debe observarse, en primer lugar, a los intereses o valores, necesidades y problemas de la vida, dignos de protección.

Sólo conociendo los intereses en debate podremos determinar cuál o cuáles dieron origen a las leyes. Así, la actividad interpretativa, sujeta al método teleológico<sup>53</sup>, asume una dirección finalista en la apreciación íntegra de los intereses, tanto los que gozan de protección como los que desconsidera o rechaza la faena legislativa.

Comenta LATORRE que, para tal vertiente, “*la ley sirve para resolver conflictos de intereses, y al analizarla hay que buscar sobre todo qué intereses ha tenido en cuenta el legislador y qué criterios establece para resolver los conflictos entre ellos. Este análisis nos servirá para interpretar rectamente la ley y en caso de que ésta presente lagunas, o sea, cuando aparecen problemas prácticos que la ley no ha previsto, tales lagunas no se colmarán por medio de deducciones y construcciones sobre la base de los conceptos*”

<sup>50</sup> Óscar ERMIDA, *Ética y Derecho del Trabajo*, Ius Labor, número 1, 2006.

<sup>51</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, véanse págs. 172, 173 y 697.

<sup>52</sup> Gustav RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 3ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1965, pág. 10.

<sup>53</sup> Y considera que tal enfoque teleológico es clave para entender cómo el Derecho responde a un rol protector de intereses.



*fabricados por los juristas o el legislador, como hacía la jurisprudencia de conceptos, sino examinando los intereses en presencia [...]"<sup>54</sup>.*

**Por otra parte, la jurisprudencia valorativa, para la cual** la tarea interpretativa de las normas jurídicas no consiste en aclarar su significación literal ni en explicarlas como manifestaciones de una voluntad, sino de acuerdo con su "[...] *sentido, investigando sus fuerzas vitales creadoras a las que convierten en valores con referencia a la justicia, y como esto no pueden llevarlo a cabo las leyes en toda su amplitud, la interpretación se supera en la acción jurídicamente creadora del juez*"<sup>55</sup>.

El carácter teleológico de esta corriente le acerca a la jurisprudencia de intereses; sin embargo, en vez de centrar atención en los intereses que pugnan por ser reconocidos en el interior de una sociedad determinada, esta corriente atiende a los valores jurídicos, en una investigación fenomenológica que localice principios y fines del Derecho.

Es que, siendo el Derecho fenómeno cultural, sólo puede comprenderse reconociendo que toda conducta se refiere a valores (cualquiera sea su estimación, positiva o negativa), y que son los fines los que conectan -e iluminan- el sistema jurídico. Considerando conceptos tales como *valor* y *cultura* -nutridos con el ya centenario aporte de WILDELBAND y de RICKERT-, se reconoce al Derecho, lo mismo que a la moral, la economía, la religión y el arte, como manifestaciones culturales, expresiones del mundo de la cultura en el cual los hechos adquieren sentido o significación.

El deber del Derecho envuelve el ideal de convivencia, sustentado en ser plenamente satisfecha la exigencia de respeto a la persona. "[...] *mediante el estudio del fenómeno jurídico, desde una perspectiva de medio y fin, podemos tomar conciencia de la importancia del plano teleológico en la vida del derecho. Indica que el sistema de los fines se concreta en una tabla de valores últimos, no reducibles a la función de medios, lo que no significa que la investigación jurídica excluya el examen de la estructura lógica de la norma ni el análisis del lenguaje jurídico, sino que afirma la valoración de la materia que regula y de los fines sociales que quieren realizarse*"<sup>56</sup>.

### **Abstracciones, conformismo y conservadurismo.**

Laborar sobre fórmulas abstractas, quedándose en ellas, tolera el soslayar u ocultar incongruencias, que muchas veces reflejan desajustes anidados en la realidad social. La práctica interpretativa de separar -mediante operaciones intelectuales- las cualidades de un objeto para considerarle en su pura esencia o noción, prescindiendo de otras atenciones, encubre contradicciones al entregar sólo fórmulas abstractas.

Esquivando enfoques críticos y renovadores, reduce la dogmática al conformismo, incurriendo en inconsistencias mayores; por ejemplo, entender que algo puede ser estudiado racionalmente sin descubrirle deficiencias (impidiendo, así, impulsar su superación o mejoramiento). Tal corriente resta vigor a la actividad interpretadora; reduciendo a meros técnicos a quienes le practican, patentiza actitudes políticamente conservadoras.

Quienes así proceden logran desvincularse o tomar distancia mayor de la dramática realidad laboral y social que tales conceptos abordan. No obstante, tal realidad exige ser conocida y considerada, ya que esas fórmulas verbales que pretenden regularlas *viven* o *trabajan* en aquélla.

### **Decisiones judiciales y circunstancia del intérprete.**

Alf ROSS asienta lo recién señalado. Sostiene que la teoría clásica respecto de la administración de justicia consideraba las decisiones judiciales como resultantes, exclusivamente, de estos factores: a) en cuanto a las creencias, un conocimiento pleno de las leyes aplicables y de los hechos relevantes que se deben juzgar; b) en lo que atañe a la actitud, una pulcra conciencia jurídica formal, es decir el deseo de aplicar estrictamente las leyes sin ninguna otra consideración. Tal planteamiento es una caricatura de lo que ocurre en la realidad, en la cual las decisiones de los jueces son el producto, por lo menos, de estos elementos: en relación a las creencias, no sólo el conocimiento (que generalmente es imperfecto), de las normas jurídicas vigentes y de los hechos planteados, sino también de una serie de circunstancias de orden político, social y económico, que rodearon tanto a la sanción de las normas jurídicas como a la producción del hecho propuesto al examen del juez; y, en cuanto a las actitudes, la conciencia jurídica formal de

<sup>54</sup> Ángel LATORRE, *Introducción al Derecho*, 7ª edición, Ariel, Barcelona, 1976, pág. 166.

<sup>55</sup> Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 159.

<sup>56</sup> Giacomo PERTICONE, *Orientaciones actuales del pensamiento jurídico*, traducción de Susana Lozada Vallejo, Editorial Troquel, Buenos Aires, 1960, págs. 70 y 71.

los jueces compite casi siempre con su conciencia jurídica material, o sea, con el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable.

En todo caso, los jueces son tan moralmente responsables como todos nosotros, y el simple hecho de fundar sus decisiones en normas jurídicas positivas no los exime de tal responsabilidad por sus decisiones<sup>57</sup>.

### **Actividad judicial de reelaboración. Su control requiere su reconocimiento.**

Al no reconocerse la potencialidad judicial de reelaborar las normas jurídicas generales, NINO observa que se dificulta el control público tanto de sus decisiones como de su fundamentación axiológica, pudiendo constituir obstáculo grave para los cambios sociales cuando la ideología del cuerpo judicial no coincide con las finalidades legislativas y de la opinión pública que pretenden tales cambios. No es infrecuente encontrar un cuerpo judicial de tendencia conservadora, que, con interpretaciones limitativas, frustre los propósitos de cambio social. Aquél suele alegar que sus soluciones se apoyan en la "verdadera" y "única" interpretación de la Constitución o de la ley, pasando por alto las restantes alternativas interpretativas<sup>58</sup>.

### **La lógica tradicional y su fracaso. Necesidad de indagar la razón de la norma.**

Ya advirtió RECASÉNS<sup>59</sup> que, en la tarea interpretativa, la lógica tradicional puede originar consecuencias disparatadas, ya que es meramente enunciativa del ser y del no ser, no conteniendo puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la congruencia entre medios y fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin.

Y reproduce<sup>60</sup> un caso sencillo, no propiamente laboral pero ilustrativo de la insuficiencia de la lógica formal para desentrañar contenidos y sentidos de preceptos jurídicos. Expuesto por aquél pormenorizada -y entretenidamente-, ahora le sintetizamos: en una estación ferroviaria había un letrero que transcribía un artículo reglamentario: "*se prohíbe el paso al andén con perros*". En una ocasión, un campesino intentó ingresar con un oso. El vigilante le impidió el acceso. Protestando aquél, arguyó que dicho artículo reglamentario prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales, surgiendo, así, un conflicto jurídico, centrado en la interpretación de citado precepto prohibitivo.

Discurre el filósofo iberoamericano<sup>61</sup> que, aplicando estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, se debería reconocer que el *tenedor* del oso tenía indiscutible derecho a ingresar con dicho animal al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto "*perros*". Con las obras de Aristóteles, de Bacon, de Stuart Mill o de Sigwart en la mano, no se hallaría manera de convertir a un oso en un perro, y tendríamos que dar la razón al porfiado campesino que quería pasar al andén con el oso.

Ahora bien, frente a ello no sólo juristas sino cualquier persona calificará de descabellada tal interpretación, aunque, desde la lógica tradicional, sea incontrovertiblemente correcta.

Razonaríamos así: si está prohibido el paso al andén con perros, se ha de entender que con muchísima mayor razón debía considerarse también como prohibido el acceso con osos. Y para sustentar nuestro enfoque, convocamos a la razón, o razones de esta otra interpretación que, indiscutiblemente, parece la adecuada y justa. No convocamos a lo *racional* en el sentido de la lógica tradicional, porque empleando la lógica tradicional se concluye de que el comentado precepto no prohibía pasar al andén con osos.

Así, indagando cuál fue la *razón* por la cual el legislador prohibió pasar al andén con perros, averiguando las valoraciones y sentido de la norma, sus juicios axiológicos y sus fines, aparece el cuidado de la tranquilidad, seguridad y salud de los pasajeros y, para ello, deben impedirse situaciones que les perturben o pongan en riesgo o lesionen. Aunque ordinariamente los perros son animales dóciles y pacíficos, pueden molestar, constituir un peligro y lesionar. Y tales hechos (no podemos llamarle *conductas*), por cierto que pueden ser ocasionados por osos, y con mucha mayor probabilidad y grado.

<sup>57</sup> Le reseña Carlos NINO, ob. cit., pág. 297.

<sup>58</sup> *Introducción al análisis del Derecho*, citado, págs. 302 y 303.

<sup>59</sup> Luis RECASÉNS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, citado, págs. 645 y ss.

<sup>60</sup> *Reproduce*, ya que el mismo RECASÉNS atribuye el caso a RADBRUCH, advirtiendo que éste lo habría tomado de PETRASYSKI. Véase su *Tratado General de Filosofía del Derecho*, citado, pág. 645.

<sup>61</sup> Hijo de padres españoles, RECASÉNS nació en Guatemala, se formó en España y -durante su exilio- laboró extensamente en México.

Caso centenario y extremo, aunque no pertenezca al mundo laboral nos resulta pertinente. Parece tan obvio o evidente el razonamiento correcto, pero, tal como le comprobamos –por ejemplo- en la interpretación oficial del artículo 3, inciso 3º, del Código laboral chileno, en lo obvio, en lo evidente, el intérprete oficial naufraga.

Confrontando la norma jurídica laboral chilena, precisar el sentido y alcance no puede *abstraerse* o alejarse de considerar principios, medir valoraciones y localizar finalidades, mediante un examen sistemático, que comprenda su *ratio* y su *télos* esencial. Y no olvidando el porqué nació y por qué existe esta rama, con sus principios ya universalmente aceptados, pero que claman y exigen aplicación efectiva. No se trata de *corregir la ley* al aplicarle a casos particulares, sino de interpretarle atendiendo, especialmente, a su razón de ser y a su finalidad.

## Escuelas críticas recientes.

Aunque no reciban difusión oficial, ha sido fecundo el trabajo de escuelas de pensamiento jurídico que, desde hace aproximadamente cuatro decenios, realizan crítica de la concepción del Derecho, comprendiendo –y esto nos atañe directamente- sus métodos hermenéuticos. A su labor se reconoce profundas consecuencias en la teoría tradicional del Derecho, al dejar en evidencia sus límites y disfunciones.

Factores generadores de tales corrientes fueron tanto las transformaciones sociales, políticas y culturales como los cambios de ideas dominantes en las ciencias sociales y en la filosofía de las ciencias, producidos en el último tercio del pasado siglo. La crisis de los regímenes normativos técnicos y formales generó condiciones para el surgimiento de orientaciones teóricas que cuestionaron –superando- el reduccionismo normativista. Tal revisión del Derecho dominante produjo un amplio movimiento transcontinental de crítica jurídica que, comprendiendo múltiples tendencias o formulaciones críticas surgidas de matrices ideológicas y científicas distintas, reflejó las condiciones políticosociales que predominaban en sus países de origen.

Sin olvidar lo específico de cada proceso histórico, WOLKMER<sup>62</sup> clasifica tal crítica jurídica en cuatro ejes epistemológicos: a) *Critical Legal Studies* (estudios jurídicos críticos), movimiento de crítica con influencia en la cultura angloamericana; b) *Association Critique du Droit* (Asociación de Crítica Jurídica), desarrollada en Francia, acogándose en el Tercer Mundo y en América Latina, principalmente México y Brasil; c) *Enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico*, y d) *Uso Alternativo del Derecho*, postura crítica desplegada en Italia y expandida especialmente en los años 70 del siglo XX, posteriormente acogida en España y en América<sup>63</sup>.

Esta última emergió de un movimiento teórico-práctico compuesto por profesores universitarios, abogados y –principalmente- magistrados, conjunto denominado *Magistratura Democrática*. Promovieron la reflexión sobre temas clave de la crisis jurídica, logrando cambios radicales en la interpretación de las normas, alejados de prácticas exegéticas tradicionales. Tal ambiente promovió el Encuentro de Catania (mayo de 1972), cuyas elaboraciones se publicaron en un libro denominado "*L'uso alternativo del diritto*", difundándose esta expresión a partir del citado texto.

FERRAJOLI aclara que las fórmulas "*jurisprudencia alternativa*" y "*uso alternativo del Derecho*"<sup>64</sup> nunca estuvieron dirigidas a impugnar o cuestionar la legalidad positiva como tal, sino, por una parte, impugnar el dogma positivista de la validez de las normas sólo porque vigentes y, por otra parte, el monopolio ideológico de la legitimidad jurídica hasta entonces detentado por la jurisprudencia conservadora<sup>65</sup>.

MONTORO señala que tal corriente "...*implica también, por su propia dinámica, un cambio en la imagen y en la función del juez tradicional. El juez debe abandonar la falsa pretensión de 'neutralidad e independencia en un contexto plagado de contradicciones inherentes al sistema', lo cual, como ha denunciado Ferrajoli, supone ya una opción política a favor del 'statu quo' existente y de los intereses del grupo o grupos dominantes. El 'uso alternativo del Derecho' exige, por parte del juez, indica M. Saavedra, el abandono*

<sup>62</sup> Antonio WOLKMER, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, ILSA, Bogotá, 2003.

<sup>63</sup> Entre variados textos, aparece *El Estado y los Juristas*, de Pietro BARCELLONA y Giuseppe COTTURRI, Editorial Fontanella, Barcelona, 1976. *L'uso alternativo del diritto*, BARCELLONA (editor), 2 vol., Roma-Bari, Laterza, 1973 (versión española por Fontamara, Barcelona, 1977). *Sobre el uso alternativo del Derecho*, de Nicolás LÓPEZ, Modesto SAAVEDRA y Andrés IBÁÑEZ, Fernando Torres editor, Valencia, 1978.

La utilización de dicho adjetivo induce a equívoco, dando a entender que se debería abandonar lo asumido, esto es, que es lo *uno* o lo *otro*; en verdad, no es así; es el mismo camino, la misma vía, pero enriqueciéndole con la plena aplicación del Derecho.

<sup>64</sup> Otras denominaciones fueron *interpretación o aplicación alternativa*, y *praxis judicial alternativa*. La fórmula *uso alternativo del Derecho* tuvo mayor fortuna.

<sup>65</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, pág. 847.

del estatuto de neutralidad política y [...] la integración social de la función judicial...". Para LASO, el Derecho siempre se ha utilizado alternativamente pero, en la mayoría de los casos, con un signo regresivo. Y el discurso crítico supone situarse en una perspectiva superante tanto de la supuesta neutralidad política del Derecho, como del dogmatismo sectario que lo instrumentaliza en un sentido miopemente partidista.

Promovió la utilización del Derecho y las instituciones vigentes en una dirección emancipadora. Propuso proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídica alternativas a la cultura y a la práctica dominantes. En definitiva, estando el jurista inevitablemente comprometido por sus circunstancias vitales, su respuesta no puede sino acusar una relación igualmente comprometida con los presupuestos ideológicos subyacentes al acto legislativo objeto de interpretación<sup>66</sup>.

Además de las cuatro grandes tendencias mencionadas, WALKMER reconoce otros movimientos de crítica jurídica, tales como el modelo científico de la interdisciplinariedad (Bélgica), la revisión crítica de inspiración frankfurtiana (Alemania), la sociología de la retórica jurídica (Portugal), la crítica jurídica (España, México, Chile, Colombia y Brasil), y la crítica psicoanalítica del Derecho y la semiología jurídica (Argentina y Brasil).

Para Leonel ROCHA, "no existe un derecho dogmático o un derecho crítico; lo que existe realmente es un derecho interpretado bajo un punto de vista dogmático o crítico"<sup>67</sup>.

La importancia es mayor. WOLKMER observa que nada impide que "reconozcamos y admitamos el vasto movimiento del 'pensamiento crítico' [...] en la filosofía jurídica de las últimas décadas [...], se justifica plenamente por su papel de enfática denuncia del formalismo normativista de toda la cultura jurídica tradicional, así como por su contribución a la renovación de la actual epistemología del derecho"<sup>68</sup>.

## Alternativismo.

### Crítica a métodos interpretativos tradicionales.

#### Aprecio de base constitucional.

El alternativismo sitúa en primer plano a la interpretación. Negando la objetividad científica tanto del conocimiento cuanto de la práctica jurídica (en razón de los condicionamientos del Derecho bajo el campo económico y político), constata en la actividad jurisdiccional una fuerte carga de funcionalidad política, reconocimiento que permite tanto la denuncia de las falacias del esquematismo puramente técnico, como la posible reorientación de dicha funcionalidad política; es decir, por un lado se objetan los métodos tradicionales de interpretación por tener una orientación que se presta a garantizar un determinado *status quo* dominante –favorecedor de un determinado sector social–; y, por otro, su pretensión es la de revertir estos efectos político-clasistas en beneficio de grupos sociales sin poder.

Procede que el juez y el jurista, siendo catalizadores de una estructura social radicalmente contradictoria, asuman dicha contradicción. Los intentos de relegar al jurista-intérprete a una función puramente descriptiva de las relaciones en conflicto presentes a su consideración, o de limitar al ámbito de sus decisiones al del *statu quo*, implica una actitud políticamente subordinada con la conservación del régimen imperante.

Respecto del uso que cabe dar a los instrumentos de la dogmática heredada, no se intenta superar los límites de ésta en su aspecto técnico, sino de revestir sus presuposiciones implícitas. Al igual que en el modelo dogmático, la *decisión* es el campo de expresión de lucha de intereses y conflictos ideológicos.

Su tesis, gestada a comienzo de los años 70 del pasado siglo, se desarrolló considerando la preeminencia de las normas constitucionales sobre las infraconstitucionales. La lectura de la Constitución italiana tendía, al menos en ese contexto, a asumir como regla privilegiada lo preceptuado en su artículo 3: «remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país». Postularon que tal precepto impone el principio de igualdad sustancial, como criterio ordenador de las operaciones judiciales, o, lo que es igual, una jurisprudencia alternativa a la inspirada en los principios normativos burgueses. Pero no sólo eso: la misma disposición constitucional inspira un ordenamiento y una sociedad alternativa a la capitalista, está última estructuralmente fundada en la desigualdad.

Ya en 1977, uno de los promotores de esta corriente le asignará límites: "El uso alternativo del derecho, en cuanto fungibilidad y manipulabilidad del texto normativo, es

<sup>66</sup> Reseña de Enrique ZULETA, "Ciencia jurídica y compromiso del jurista", en *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, Edeval, Valparaíso, 1980, págs. 59 y ss.

<sup>67</sup> Antonio WOLKMER, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, citado, pág. 40.

<sup>68</sup> Antonio WOLKMER, en su *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, citado, pág. 43.

ahora ya un concepto superado, presentando dos límites: uno de carácter teórico, porque el mismo permanecería siempre limitado a la interpretación; y otro de carácter práctico, en cuanto aseguraría a los magistrados un papel meramente defensivo y de suplencia”<sup>69</sup>.

### **Garantismo. Consideración de vigencia y validez. Sujeción a ley válida.**

Para apreciar la responsabilidad del intérprete al enfocar el Derecho desde esta perspectiva, procede recordar cuáles son las características estructurales que -se señala- para el garantismo configuran el Estado constitucional de Derecho: a) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social; b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al Derecho de todos los poderes públicos, sin excepción, y c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los derechos de carácter social. Ahora bien, para tal corriente la función de garantía de la legalidad es realizada por la innovación introducida en la propia estructura de la legalidad, de modo que la misma ya no es sólo condicionante, sino que también ella está, a su vez, condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Este doble vínculo habilita y confiere a este modelo el papel de actuar como expediente de garantía del Derecho legítimo y como expediente deslegitimador del Derecho ilegítimo; y así, como limitación de la propia legitimidad jurídico-política de los poderes estatales.

Lo anterior exige revisar el esquema conceptual de la *validez*, disociándole de la dimensión de *vigencia*, por cuanto estos dos conceptos son independientes entre sí. La *vigencia*, guardando relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación. En cambio, la *validez*, al referirse al significado, es cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción.

Por lo anterior, la validez de una ley ordinaria no puede deducirse de una actividad meramente cognoscitiva limitada a verificar aspectos puramente formales del acto normativo, sino que requiere en su juicio la incorporación de aquellos vínculos sustanciales que condicionan el contenido producido. Tales vínculos, que derivan de aquellos imperativos establecidos por los derechos fundamentales, son los que permiten que se declare inválida una norma que esté en disconformidad o contradicción con el contenido de éstos.

Así, considerando elementos tradicionales, el garantismo les redimensiona, orientándoles no sólo como instrumento formal de tutela de la legalidad existente, sino también como instrumento sustancial para la efectividad y promoción de programas normativos insatisfechos o no realizados. Procura resignificar los mecanismos de garantías ideados por la cultura legal-positivista, transformándolos en principal vector de garantía y realización de las normas constitucionales, especialmente en lo que atañe a derechos fundamentales. Tal enfoque posee afinidades con la teoría alternativista, pionera en la defensa de los preceptos constitucionales como punto de partida y como punto de confluencia de toda y cualquier interpretación de las normas jurídicas. En este punto, debe reconocerse que es patrimonio de los alternativistas el aprecio de los principios constitucionales como valor operativo y condicionante de la legalidad<sup>70</sup>.

El garantismo propone un cambio en el papel institucional asignado a la jurisdicción. El más importante se produce en la relación del juez con la ley, que no se da ya en términos de sujeción meramente formal a la ley (independientemente de su contenido, como en el paradigma positivista), sino sujeción a la ley sólo y en cuanto válida, o sea, coherente con la dimensión sustancial de validez.

Con ello, se transforma la función jurisdiccional en garante, por excelencia, de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, consiguiéndose un refuerzo de la propia posición institucional del juez al asignarle la tarea de garantizar y proteger al ciudadano frente a las violaciones -de cualquier nivel de la legalidad- por parte de los poderes públicos. Y esta índole exige que el juez sea totalmente independiente y desvinculado del poder político, demandándose que el poder judicial actúe o funcione, al mismo tiempo, como freno a la dominación y arbitrio de la mayoría y, como lugar de legitimación y de distribución de recursos o ventajas prometidos por el ordenamiento jurídico, pero no concretados u obtenibles de hecho.

El garantismo reconoce que en la actividad judicial siempre palpita, en mayor o menor grado, un margen de elección práctica respecto de las variadas hipótesis interpretativas existentes en el ordenamiento; por ello, sugiere un *modelo* límite, que aun siendo ideal

<sup>69</sup> Lo señala María de Lourdes SOUZA, en “Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica”, ya citado.

<sup>70</sup> María De Lourdes SOUZA, “Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradójica”, ya citado.

(nunca es plenamente realizable), sirve para acotar la discrecionalidad y, así, los riesgos de arbitrariedad e ilegalidad judicial. Plantea subordinar al juez a las dos dimensiones justificadoras y legitimadoras de todos los poderes de Estado -la formal y la sustancial-. La formal viene asegurada por el principio de legalidad y de sujeción del juez a la ley; la legitimidad sustancial es la que recibe la función judicial de su capacidad de tutela o garantía de los derechos fundamentales. Ninguna de las dos fuentes, *"puede ser sacrificada sin graves desequilibrios institucionales y sin peligros para la salvaguardia del papel de la jurisdicción. Y por otra parte, la segunda fuente jamás puede ser satisfecha si falta completamente la primera"*. En palabras de FERRAJOLI, garantismo *"no quiere decir legalismo, o formalismo o procesualismo, sino rehabilitación de los derechos fundamentales como valores jurídicos fundantes del Ordenamiento y fuente primaria de legitimación política del Estado y particularmente del poder judicial"*<sup>71</sup>.

### **Uso alternativo del Derecho y garantismo.**

Las dos teorías entienden que la práctica judicial no posee carácter puramente mecánico o lógico-formal, sino que está supeditada a la ejecución de principios y valores formulados en el nivel normativo superior; por ello, cuestionan los dogmas tradicionales que reservan al juez un papel meramente descriptivo y avalorativo en relación con el Derecho vigente; consecuentemente defienden la bipolaridad de dicha actividad, es decir, tanto como actividad cognoscitiva cuanto de denotación y de dicción del Derecho.

La concepción de la función jurisdiccional posee igual núcleo pragmático: realización efectiva y real del programa normativo constitucional, considerado como máxima expresión de los valores de libertad e igualdad constitutivos de una sociedad verdaderamente democrática<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Ob. cit.

<sup>72</sup> Ob. cit.

## Capítulo III

### Hermenéutica laboral. Estructuras y sustentos verbales

#### Geografía legal, sistemática y rúbricas.

Como primer dato, recordemos que más que a la estructura externa del ordenamiento jurídico, al orden del Código regulador del trabajo dependiente, o a la ubicación o distribución de los preceptos, el proceder hermenéutico enfoca o atiende tanto a la entidad como a la jerarquía y estima de los bienes jurídicos allí reconocidos y realizados; esto es, al orden valorativo que informa el ordenamiento laboral, y al cual debe responder.

En cuanto al sistema de estudio, la reconstrucción dogmática del ordenamiento no tiene que subordinarse a la estructura del Código. En certeras palabras, RIVACOPA consigna que *una cosa es el criterio que inspira a un ordenamiento jurídico para regular determinada materia y situarla dentro de un texto legal y otra, muy diferente, la ubicación que su estudio reciba en un sistema dogmático. La primera es de naturaleza normativa y posee una finalidad práctica, y la segunda, de naturaleza teórica y no puede perseguir sino un conocimiento adecuado; aquélla se refiere a la geografía de una ley, y ésta, a la relación de un conocimiento científico con otros en un conjunto unitario y coherente de ellos.* Superando en el estudio normativo la subordinación a la colocación o disposición de preceptos según la codificación laboral chilena, puede procederse a la luz de una sistemática diversa, ordenando los temas, por ejemplo, según el interés, valor o bien que jurídicamente normativizan<sup>73</sup>.

En lo que atañe a los indicios o datos que pueden suministrar rúbricas o epígrafes de títulos o capítulos, estos también constituyen ley; aunque se arguya que no poseen índole imperativa sino enunciativa o declarativa, sirven para la intelección del sistema global del Código Laboral. Según el concepto que sintetice, la rúbrica puede hacer posible o imposible la subsunción de ciertas conductas descritas o acogidas en el articulado que aquélla encabeza; así, ¿cómo aceptar sin más el libre despido (encubierto en el artículo 161), cuando la rúbrica de ese Título V del Libro I, que le alberga, dispone “De la terminación del contrato de trabajo y **estabilidad en el empleo**”? Puede, así, comprender el reconocimiento -y tutela- de un bien jurídico que, a su vez, se vulnera en el preciso articulado.

#### Expresiones, significaciones y nexos sistemáticos.

Hace tiempo ya, COSSIO expresó que, en el Derecho, las palabras no pueden desconectarse de toda significación, siendo imposible quedarse en el hecho de aquéllas, *“...sin trascender a la esfera de las significaciones; y esta esfera, cuando no nos referimos a los hechos de conciencia de quien las pronunció, no es de naturaleza fáctica como acertadamente hace notar Radbruch. Una palabra puede ser considerada subjetivamente como la intención de un hombre en una determinada situación; pero además, objetivamente, una palabra es una significación; sólo la Gramática considera las palabras como palabras”*. Asimismo, expresó que, *“[...] si bien los hechos —y en tal caso las palabras en cuanto hechos— nos dan conceptos reales, no nos dan en cambio sus relaciones; para esto necesitamos otra clase de conceptos; y sólo con esto se puede superar la mera pluralidad de los simples hechos”*.

Previamente, había anotado: *“Pero si la interpretación judicial fuera simplemente el acto intelectual de comprender exactamente el significado de la ley, como entiende la posición tradicional, es claro que la interpretación gira exclusivamente en torno a una verdad que va a ser silogísticamente expresada. Y como, dado un objeto (en este caso la ley), la verdad es una y solamente una, frente a un cambio de jurisprudencia la posición tradicional tiene que decir que antes se ha vivido en el error teórico o que después se vive en ese error porque, una de dos, antes o después el objeto a conocer no era debidamente conocido”*<sup>74</sup>.

Ahora bien, procede laborar a la luz de los principios, valores y fines del Derecho del Trabajo, y cotejando la realidad social en que la realidad normativa incide o pretende incidir. Por ello, para la tarea interpretativa su objeto no es la materialidad de los signos, sino el sentido de los mismos, su significación. Y, más que lo que las palabras de la ley expresan por sí misma, tal significación depende -entre otros datos-, de las conexiones

<sup>73</sup> Véase, del autor, *Nuestros derechos laborales*, Editorial de la Universidad de Valparaíso, 2000.

<sup>74</sup> Carlos COSSIO, “El sustrato filosófico de los métodos interpretativos”, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 71, sec. doct., Buenos Aires, 1940, págs. 26, 27 y 9. Agradecemos la gentileza de don Diego Luna para enviarnos este valioso artículo.

sistemáticas que necesariamente existen entre el sentido de un vocablo (fórmula verbal, texto o expresión), y el de otros pertenecientes al ordenamiento jurídicolaboral, siendo ineludible atender el nexo sistemático que poseen con las demás significaciones insertas en el mismo ordenamiento. *"Cada significación expresada verbalmente en la ley está en conexión con otras significaciones no expresadas y, en rigor, en conexión con la totalidad del orden jurídico positivo. Y, si bien las significaciones expresadas en la ley, son las que primero se perciben, ellas no son las más importantes porque están condicionadas por otras"*<sup>75</sup>.

La significación del precepto ha de desentrañarse considerando –especialmente– sus relaciones dentro del ordenamiento laboral; enfocando las conexiones que le vinculan y orientan; encontrándose en conexión sistemática y axiológica con las demás significaciones que laten en el mismo ordenamiento, no puede alejarse ni escaparse de ellas. No puede huir, ni soslayar que es el propio ordenamiento el que acoge, por ejemplo, el derecho de sindicación y el de negociación colectiva, estimándoles particularmente, prefiriéndoles respecto de otros (es decir, valorándoles especialmente), derechos que, según sea la significación reconocida o asignada a ese vocablo, podrán o no ejercerse o realizarse. El nexo de dependencia es indesmentible. Y enorme es la responsabilidad del intérprete.

El camino sistemático-finalista afianza la coherencia axiológica de un ordenamiento laboral que nace reconociendo desajustes entre partes, y que, valorando a la persona, busca reducir tal desigualdad económicosocial en esta específica contratación; ordenamiento cuya actividad dogmática exige considerar principios, valores y fines.

---

<sup>75</sup> Carlos COSSIO, "El sustrato filosófico de los métodos interpretativos", citado, pág. 29.



## Capítulo IV

### Hermenéutica laboral.

#### Principios jurícolaborales, orientaciones, normas esenciales

#### Principios y principios generales del Derecho.

##### Funciones. Pilares axiológicos.

Se entiende por *principio* a la norma o idea fundamental o rectora; más precisamente, origen, base, razón fundamental del Derecho sobre la cual se reflexiona o discurre.

La índole valorativa y finalista del contenido del ordenamiento jurídico implica el radicarse en principios, tanto genéricos a él como particulares a sus diversas áreas. Todo ordenamiento exige a sí mismo presentarse coherentemente, exhibirse guardando congruencia lógica y valorativa (independientemente de la opinión que de él se tenga, de sus fracturas e carencia de realización plena), no tolerando –al menos en su instancia o etapa aplicativa– la pervivencia de normas contradictorias. Lo anterior, sea que, global o genéricamente, se le vea o califique como justo o injusto, equitativo o arbitrario.

REALE les define como fórmulas en las cuales está contenido el pensamiento rector de una disciplina legal o un instituto jurídico, y que lo caracterizan y lo diferencian de las demás ramas del Derecho<sup>76</sup>.

Se les considera o aprecia como normas, ya que, en la mayor parte de los casos, estos principios son obtenidos mediante generalizaciones sucesivas de las normas particulares, por lo que resulta imposible considerar que cuando llegan a cierto grado de generalidad cambien de naturaleza, es decir, dejen de ser normas. Por otra parte, aun admitiendo que algunos principios no se obtengan de normas particulares, mediante generalización, sino que se den de modo inmediato, en todo su alcance general, normalmente en materia de lagunas la función que cumplen es ofrecer prescripciones o modelos de conducta a los operadores jurídicos; de allí, tal función no difiere de las normas particulares<sup>77</sup>.

Se califica de medular el rol que representan, y su aplicabilidad directa a los conflictos entre partes, no sólo ante vacíos legales sino que frente a cualquier función hermenéutica. Estos criterios, de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico que le alberga, permiten iluminar y relacionar los datos para precisar el campo de aplicación de los preceptos, y subsumir en ellos los casos reales, logrando, así, congruencia lógica y valorativa.

Varias son las funciones que se les asigna. Una de índole **informativa**, inspirando u orientando la política legislativa y la actividad administrativo-laboral. Evidenciando su índole axiológica, pueden entenderse como axiomas o postulados que deben inspirar el ordenamiento jurídico; de allí, sus normas deben concretarles o realizarles. En este rol, los principios son fuente material del Derecho.

Asimismo, realizan una tarea **interpretadora**, operando como criterio orientador del intérprete, especialmente del juez; implican un modo de subsumir casos en enunciados amplios, orientando al intérprete, adecuando su labor a valores fundamentales. Constituyendo directrices que deben encauzar la generación y el contenido del Derecho Laboral hacia fines propios de éste, puede entenderseles como *ratio legis* de sus normas, iluminando interpretaciones finalistas o teleológicas.

En tercer término, pueden cumplir una función **normativa** o **integradora**. Aunque algunos les nieguen valor de fuente formal, si observamos su papel axiológico fundador, parece que su aptitud normativa sólo podría negarse por conveniencia. Pueden operar como fuente supletoria de la ley, en silencio de ésta o cuando adolece de obscuridad.

El proceder hermenéutico debe reconocer la existencia de principios, respetar su jerarquía y aplicar su contenido. El juez -se señala- debe tratar de extraer de los principios generales formulados en el ordenamiento positivo los criterios que sean aplicables al caso sobre el que tiene que decidir y que parecía no estar especialmente previsto<sup>78</sup>.

RECASENS, divisando incluso más allá de los principios generales, expresa que, fracasando en la "...búsqueda de algún criterio que figure ya como perteneciente al orden jurídico positivo formalmente válido, entonces el juez, quiéralo o no, gústele o no, deberá acudir a una operación de estimativa ideal, de axiología, de valoración; es decir, deberá acudir a lo que considere como principios ideales del Derecho, compatibles con los

<sup>76</sup> Lo señala Héctor Hugo BARBAGELATA, en *Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación*, Universidad de la República, Montevideo, 2006, publicada en *Ius Labor* número 1, de 2008.

<sup>77</sup> Véase, de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, su *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México D.F., 1974, pág. 313, nota 9.

<sup>78</sup> Luis RECASENS, *Introducción al Estudio del Derecho*, cit., pág. 206.

principios que inspiran al orden jurídico positivo en cuestión". Son casos en los cuales puede "...recabarse una norma mediante la referencia concreta a principios generales formulados o implícitos dentro del mismo ordenamiento jurídico positivo"<sup>79</sup>.

Para RIVACOBÁ, "cuando se dice que la independencia de los jueces consiste en que no se hallan sujetos en el ejercicio de sus funciones más que a las leyes, se está designando con esta última palabra el conjunto de la legislación en sentido amplio, o sea, comprensivo de todas las normas de Derecho escritas de un país (leyes propiamente tales, la Constitución, decretos, órdenes, etc.), y, por otra, que la ley no es sino una fuente formal del Derecho, a cuyo lado, con mayor o menor importancia, coexisten otras, que, en todo caso, como fuente que es, sólo manifiesta o permite captar lo jurídico, pero no lo constituye, y, así, dependerá de la perfección de la ley, y la fidelidad con que de consiguiente responda al pensamiento íntimo de un ordenamiento y lo exprese, el que más o menos a menudo se haga necesario al juez recurrir y atenerse tras ella al complejo de valores que inspiran, de principios que informan y de fines a que tiende el respectivo ordenamiento, es decir, a lo que Max Ernst Mayer llamó normas de cultura reconocidas por el Estado [...]. Esto "...implica apegarse a la médula desnuda y viva de un ordenamiento particular y concreto y aplicarla a la solución de un caso individual, fenómeno indudable de la más pura independencia jurisdiccional"<sup>80</sup>.

Reitera la idea en una obra especializada, pero en un comentario aplicable a todo el Derecho: "...desde el punto de vista del fondo o de su contenido, no desde el punto de vista procesal, el fallo judicial se articula o estructura en una serie de juicios lógicos: unos, de hecho, que expresan un conocimiento acerca de ciertos datos de la realidad, y otros, de valor, que expresan la valoración, positiva o negativa, esto es, la disvaloración, con arreglo al sistema axiológico que informa el respectivo ordenamiento, del caso controvertido que se somete al conocimiento y la decisión del juez"<sup>81</sup>.

## Derecho Laboral y su razón de ser.

El Derecho del Trabajo nace de y se alimenta por luchas sociales, viviendo etapas históricas en las cuales la fuerza de cada grupo de intereses incide en la variación de su influencia o peso en la generación y orientación de regulaciones, siendo, así, más o menos favorables. Y es Derecho social, tal como RADBRUCH lo advirtió; más aun, su desarrollo genera un interesante proceso, a saber, las relaciones que el Derecho Laboral quiere condicionar, condicionan, a su vez, el sistema condicionante, desarrollándolo.

Reiteremos un dato básico -interesadamente soslayado-, puesto sobre la mesa por ARESE: la sujeción del trabajador en relación de dependencia<sup>82</sup>, impide que pueda, por sí mismo y en forma individual, trastocar las relaciones de fuerzas en la empresa<sup>83</sup>. Al Derecho Laboral le corresponde compensarlo, procurar su reequilibrio relacional; es esta la operación *tradicional*<sup>84</sup> y pionera del Derecho del Trabajo en el marco del Derecho todo<sup>85</sup>. Es el para qué del Derecho Laboral: equilibrar jurídicamente lo desequilibrado económica y socialmente. De allí, sus normas poseen contenido y orientación diversa, su *sentido* y *alcance* es diferente.

Al Derecho del Trabajo le anima e informa la misión de nivelar desigualdades de hecho de sus contrapartes contractuales, provenientes del régimen económicosocial que

<sup>79</sup> Luis RECASÉNS, *Introducción al Estudio del Derecho*, cit., pág. 207.

<sup>80</sup> *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, publicado por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, 1992, también inserto, entre otras publicaciones, en la revista *Criminología y Derecho Penal*, de Guayaquil, año II, números 3-4, enero-diciembre de 1993, págs. 119 a 138.

<sup>81</sup> En "Criminología y justicia penal", inserta en *Doctrina penal*, número 48, Depalma, Buenos Aires, 1989, págs. 675 y ss

<sup>82</sup> Según la normativa chilena, el trabajador pacta bajo dependencia y subordinación; nótese que tanto su precedente legiferante (artículo 7, inciso 1º, del denominado *Código* de 1987), como el actual concepto legal de contrato individual de trabajo (artículo 7, inciso 1º, del *Código* laboral), refieren estos dos elementos como independientes entre sí (se utiliza la conjunción copulativa "y"), y no subordinación "o" dependencia, como no pocos autores chilenos acostumbran señalar.

Sobre equívocas legales y conexiones sintácticas, es útil, de Carlos NINO, su *Introducción al análisis del Derecho*, citado, págs. 262 y ss.

La introducción del concepto de *subordinación* se imputa a Ludovico BARASSI, *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano*, 1901 (Óscar ERMIDA y Óscar HERNÁNDEZ, en "Crítica de la subordinación", citado).

<sup>83</sup> Interesantes datos del trabajo ejecutado por necesidad (ya desde el siglo XIV), bajo sumisión o bajo dependencia, la proporciona Robert CASTEL, en *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del asalariado* (1996).

<sup>84</sup> *Esencial*, para nosotros.

<sup>85</sup> Mauricio ARESE, "Negociación colectiva: un sistema original y transformador", citado, págs. 156 y 157.

condiciona a una y favorece a otra. Nuestra rama radica en un supuesto fundamental: en la relación laboral no hay una situación igualitaria, pues el trabajador es un contratante más débil y la norma laboral debe protegerlo<sup>86</sup>. Su estado y vulnerabilidad económica y social son algunos de los factores que motivan e inciden en la contratación, determinando a la parte trabajadora a aceptar relacionarse bajo un nexo dependiente y subordinado; circunstancia vincular que es considerada por el Derecho chileno para configurar la existencia del contrato individual de trabajo, pero, también –aceptando vías para cierto equilibrio– acogiendo otros espacios para el dependiente, datos que deben ser atendidos por el intérprete.

Regula tuitivamente, protegiendo a la parte más débil de la relación laboral; entre otros caracteres esenciales, es protector del trabajador dependiente, garantizador de derechos básicos irrenunciables, y de orden público, en cuanto “*busca impedir abusos derivados del desnivel de poder socioeconómico entre el trabajador aislado y su empleador*”<sup>87</sup>.

Es la razón de existir del Derecho del Trabajo.

## Derecho del Trabajo posee principios propios.

### La alegada *crisis*.

El ordenamiento jurídico, traduciendo intereses incluso contrapuestos, puede albergar antinomias, evidentes al momento de surgir controversias específicas o concretas. No obstante, el Derecho del Trabajo, poseyendo autonomía y particularidades, exhibe principios coherentes entre sí, que implican contenidos para las normas que alberga y directrices para la conducta de sus operadores e intérpretes.

La identidad del Derecho del Trabajo como rama diferenciada resulta –esencialmente– de la existencia de principios propios. Éstos, implicando un sistema coherente, sustentan la identidad de aquél<sup>88</sup>. Entendemos por **principios laborales** los enunciados básicos que, comprendiendo valoraciones fundadoras del ordenamiento jurídico del trabajo, le animan e informan axiológicamente<sup>89</sup>. Principios cuya elaboración y reconocimiento se han forjado debido a luchas sociales, dato mayor pero soslayado por el conceptualismo –en los estudios y en la docencia–, incapaz de observar y reconocer el entorno que alienta y condiciona su propio objeto normativo de atención. Siendo particulares o específicos, difieren de los que laten en otras ramas jurídicas; sin embargo, entre sí, en el conjunto laboral, deben guardar congruencia, lógica y axiológica; esto suministra cohesión a este segmento del Derecho, configurándole un especial carácter.

Interpretar la ley laboral requiere considerar sus principios.

Ahora bien, su peso, su importancia hermenéutica, no se condiciona a que momentos o sectores de la *legalidad* (es decir, la legislación y la concreta conducta funcionaria y judicial al conocer y resolver casos a ellos sometidos), no guarden coherencia, no estén ajustándose a ello. Esto último puede ser un conflicto generado por determinado comportamiento legislador, funcionario o judicial, que desajusta la *legalidad* laboral práctica, pero que no es capaz de restar valor al Derecho del Trabajo; la denominada *crisis*<sup>90</sup> no está en los principios –que siguen vigentes como datos rectores–, sino en la conducta o comportamiento legislativo y administrativo-judicial. Su pervivencia como factor rector u orientador no se termina o deroga según alguna legislación; tampoco según alguna conducta estatal o funcionaria que no estén brindándole adecuada tutela o

<sup>86</sup> Quedará para otro estudio la paradoja –no menor– de que siendo el Derecho el que asigna dependencia y subordinación al nexo contractual, es decir, siendo el Derecho el que colabora al desequilibrio relacional contractual, sea él mismo el que deba *atenuar* o *eliminar* tal dislate. A diferencia de otras formas contractuales, la subordinación envuelve sujeción personal al nexo directivo del empleador.

<sup>87</sup> William THAYER Y Patricio NOVOA, *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, págs. 30 y 31.

Hay sentencias judiciales que, para efectos laborales, entienden de cuestionable modo la idea de *orden público*, asimilándole erróneamente con extendidas imágenes policiales, sin razonar que posee concepto propio en el Derecho Laboral y Constitucional (interés social, ejercicio de derechos, convivencia o armonía social real).

<sup>88</sup> “Los principios del Derecho del trabajo”, de Humberto PODETTI, en el volumen colectivo *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Néstor de Buen Lozano (coordinador), UNAM, México D.F., págs. 139 y ss.

<sup>89</sup> Aunque tentados a reproducir el concepto de PLÁ: “*Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos*”. Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 9.

<sup>90</sup> Expresión, por lo demás, equívoca y no pertinente; consciente o no, su utilización *crea* el efecto que dice avisar.

reconocimiento; en el caso chileno, por ejemplo, que un precepto disponga que los derechos laborales son irrenunciables sólo mientras esté vigente el contrato laboral, o que otro permita a la parte empleadora dar término a tal contrato con sólo invocar “necesidades empresariales”, no termina o deroga –respectivamente– los principios rectores de la irrenunciabilidad o de la estabilidad en el empleo; lo que hacen es quebrantarles desajustando la legalidad respecto del Derecho Laboral (recordemos que la ley es sólo fuente formal del Derecho).

En resumen, los principios no dependen del capricho legiferante, administrativo o judicial. Menos aun quedan sujetos en su imperio a cálculos matemáticos, algo así como de que si tantos o cuantos sistemas jurídicolaborales (legislaciones y conductas administrativo-judiciales), les quebrantan, significaría que aquéllos perderían esencia y valor.

## **Principios propios y distintivos del Derecho del Trabajo y el proceso judicial laboral.**

Tanto el desajuste de hecho, como los diversos y hasta *antagónicos* objetivos del proceso laboral respecto del civil –precisamente en razón de la muy diversa naturaleza de los derechos cuyo reconocimiento o amparo se debate–, cuanto la necesidad de combatir el mencionado desajuste, debe reconocerse en el discurso oficial, aunque no suficiente o plenamente en su conducta. En todo caso, citemos admitiendo la especial índole del Derecho del Trabajo (y así –implícitamente– su necesidad de parámetros hermenéuticos propios), a la Exposición de Motivos del proyecto que promovió la aprobación de una importante ley laboral procedimental (ley 20.087), la que confesaba: “*El proceso laboral busca materializar en el ámbito jurisdiccional las particularidades propias del Derecho del Trabajo, en especial su carácter protector y compensador de las posiciones disímiles de los contratantes. De ahí, la necesidad de contar con un sistema procesal diferenciado claramente del sistema procesal civil, cuyos objetivos son no sólo diversos sino en muchas ocasiones antagónicos*”<sup>91</sup>.

Ya durante el trámite legislativo de dicha iniciativa, se plantea parlamentariamente que “*La especialización es uno de los principios que guía este proyecto, y ella nace fruto de la complejidad de las relaciones económicas y de las normas que regulan el Derecho Laboral y la Seguridad Social, pues ellas reclaman ser conocidas por jueces especialmente formados en los principios rectores de esta rama del Derecho, el que responde a criterios diversos del Derecho Civil y Comercial. El Derecho Civil se funda en los principios de la autonomía de la voluntad, libertad contractual, renunciabilidad de los derechos e igualdad de las partes. En tanto, el Derecho del Trabajo tiene un claro carácter tutelar de la parte más débil de la relación laboral, que determina la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador y una fuerte restricción a la libertad contractual, entre otros principios propios y distintivos*”<sup>92</sup>.

## **Principios de Derecho o de equidad y sentencia definitiva laboral.**

En este mismo ámbito procesal laboral, los principios jurídicos –de derecho– o de equidad son legalmente recogidos como factores con vigor no sólo hermenéutico sino directamente normativo, idóneos para fundar el fallo que resuelve la médula de lo debatido.

En efecto, a propósito de la sentencia definitiva laboral, se establece que debe contener “*Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda*”<sup>93</sup>.

Incluso, de dictarse en la audiencia preparatoria, igualmente debe cumplir con este requisito.

<sup>91</sup> Se añade: “*Uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico-laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador sino que también en su condición de persona (derecho a la intimidad y vida privada, el honor y la propia imagen, el pensamiento político o religioso, la libertad de expresión, el derecho a no ser discriminado, etc.). Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes vertebradores de unas relaciones laborales plenamente democráticas.*

*Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos*”. En Mensaje presidencial número 4-350, que inicia el proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo, Santiago, 22 de septiembre de 2003, pág. 12.

¡Cuánta necesidad existe de que gubernamentalmente se practique su realización efectiva!

<sup>92</sup> Cámara de Diputados, 7 de septiembre de 2004. Cuenta en Sesión 47, Legislatura 352 (boletín N° 3367-13). Cámara de Diputados, Legislatura 352, Sesión 51, 16 de marzo de 2005. Discusión en Sala. En *Historia de la ley 20.087*, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 63 y 213.

<sup>93</sup> Código Laboral, artículo 459, número 5.

Es una expresa recepción legal para –en sede jurisdiccional- evaluar el caso sometido a la decisión del tribunal, como parámetro en el proceso de subsunción y para construir el fundamento del fallo, esto es, su justificación jurídica, el por qué el debate se ha resuelto de un determinado modo y no de otro. Posee importancia mayor, más cuando el pertinente precepto anteriormente vigente -reemplazado por el recién descrito-, establecía que la sentencia debía contener, meramente, “los preceptos legales o, a falta de éstos, los principios de equidad en que el fallo se funda”<sup>94</sup>.

En todo caso, ya anteriormente, bajo la imperio de este último y somero precepto –ya superado- doctrinalmente se intentaron otras vías de reconocimiento. Así, para THAYER (1987), los principios generales del Derecho son válidos en cualquier área pero su aplicación debe ajustarse al espíritu de cada una. Si una interpretación de la norma del trabajo parece más conforme con el espíritu propio de esta legislación que con el espíritu general de la legislación, debe prevalecer. Considerando que, por una parte, la legislación civil o general presupone una intención absolutamente neutral en el legislador y que busca la igual protección de ambos contratantes, mientras, por otra parte, la legislación laboral se establece con una finalidad tuitiva de la parte asalariada, podrá el juez preferir la interpretación más favorable al trabajador aplicando el artículo 24 del Código civil chileno, por “no jugar las reglas de interpretación precedentes”.

Dicho de otro modo, el artículo 23 del citado Código no puede aplicarse en su tenor literal (“lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”), ésta, que es una prevención para que no se interprete según algún criterio favorable u odioso, no puede aplicarse en el caso de la ley laboral, cuyo espíritu **especial** consagra el principio *pro operario*<sup>95</sup>.

Regulando relaciones entre partes tan desiguales, sólo puede ser equitativo un Derecho desigual.

## Hermenéutica y Principios de Derecho del Trabajo.

De los principios generales que informan también nuestra rama, se erige el respeto por la dignidad humana personificada en el trabajador dependiente: siempre un fin, nunca medio o instrumento, ni del empleador, ni de la empresa ni de la política económica, cualquiera sea ésta. Dignidad que exige máxima consideración, más aun al tener presente la circunstancia no voluntaria de la contratación laboral, y de que es –esencialmente- desigual, al operar en ella la dominación de una parte y la consecuente *subordinación* de la otra<sup>96</sup>.

Los principios del Derecho del Trabajo se acogen en variadas fuentes de esta rama; en la Constitución de la OIT, obligatoria para los Estados signatarios –entre ellos Chile-, en sus múltiples Convenios, y en otros pactos internacionales, que afianzan nítidamente una normativa coherente y de especial valor y jerarquía jurídica.

Sabemos que son principios laborales el protectorio o tutelar, derivándose, entre otros, en el *pro operario*<sup>97</sup>, y éste, a su vez, manifestándose en la regla *in dubio pro operario*, en la regla de la aplicación de la norma más favorable<sup>98</sup> y en la regla de la condición más beneficiosa<sup>99</sup>. Asimismo, lo son los conocidos como de primacía de la realidad, de irrenunciabilidad<sup>100</sup>, y de libertad sindical.

<sup>94</sup> Anterior artículo 459, número 6; idéntico, a su vez, al albergado en la denominada ley 18.620 de 1987, en su artículo 432.

<sup>95</sup> William THAYER Y Patricio NOVOA, *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, pág. 75.

<sup>96</sup> Sobre el tema, véase “Crítica de la subordinación”, de Óscar ERMIDA y Óscar HERNÁNDEZ, ya citado.

<sup>97</sup> THAYER y NOVOA anotan que la correcta denominación del principio es *pro operario*, y una de sus exteriorizaciones o derivaciones es la regla interpretativa *in dubio pro operario*. En su *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pág. 25.

<sup>98</sup> Ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el intérprete debe aplicar la que resulte más favorable al trabajador, sin atender a los principios de jerarquía ni de especialidad.

<sup>99</sup> Supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida, determinando que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador respecto de la nueva regulación aplicable; opera en los casos de sucesión normativa, garantizando respeto a los niveles alcanzados con la norma más antigua o derogada.

<sup>100</sup> A propósito de la *irrenunciabilidad*, hoy en Chile se hace pender de la voluntad (arbitrio) del propietario el término unilateral del contrato; con ello, los derechos se transforman en renunciables; atendiendo a la urgencia del trabajador en recibir algo de dinero, es previsible la burla de garantías esenciales: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo” (Código laboral, artículo 5, inciso 2º).

PLÁ RODRÍGUEZ señala al principio protector, en el cual sitúa las reglas de *in dubio pro operario*, de la aplicación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa. Asimismo, los principios de irrenunciabilidad de los derechos, de continuidad de la relación laboral, de primacía de la realidad, de la razonabilidad, de la buena fe y de la no discriminación<sup>101</sup>.

PODETTI<sup>102</sup> les ordena en **1)** principio nuclear (de la centralidad de la persona del trabajador); **2)** principio básico protectorio, que envuelve: a) de restricción dispositiva individual (principio de indisponibilidad), b) de jerarquía normativa (principio de jerarquía normativa), c) de incorporación en el tiempo (principio de la condición más beneficiosa), d) de aplicación entre los trabajadores (principio de igualdad de trato), y e) de interpretación (principios del favor de la duda, de primacía de la realidad, y de conservación del contrato); y **3)** principio básico de actuación colectiva, en el cual se destaca la libertad sindical<sup>103</sup>.

## Hermenéutica. Orientaciones y normas laborales fundamentales.

Más allá de los ya reconocidos y asentados (entre varios, la índole tuitiva de este Derecho, el principio *pro operario* y sus tres manifestaciones), procede considerar otras bases u orientaciones de valor hermenéutico, receptadas expresamente, sea doctrinalmente, sea en mensajes legislativos, en enunciados o rúbricas legales, o directamente manifestadas por normas laborales fundamentales o en fallos de índole constitucional<sup>104</sup>.

### a. Dignidad personal.

Constituyendo principio general del Derecho, palpita en la esfera laboral, especialmente envolviendo autodeterminación, autorrealización; reconocer que la persona del trabajador es fin en sí misma; que éste no debe ser tomado como objeto o medio para la obtención de fines ajenos, empresariales o de política económica. Como expresó ERMIDA, "*los derechos humanos en su conjunto, incluidos, y especialmente, los sociales, responden a un claro fundamento ético que es la dignidad humana, valor que hoy tiende a reconocerse como la cúspide de cualquier escala axiológica*"<sup>105</sup>.

### b. Respeto de garantías constitucionales como límite empresarial.

Vinculado a lo anterior, el Código en su artículo 5 preceptúa: "*El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.*"

*Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo*<sup>106</sup>.

*Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente*".

Nítidamente, aquí se marca la diferencia con el Derecho privado; siendo de orden público, sólo puede pactarse servicios personales en el ámbito y con los alcances o implicancias legalmente permitidas.

<sup>101</sup> *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 39.

<sup>102</sup> En *Los principios del Derecho del Trabajo*, citado, págs. 144 y ss.

<sup>103</sup> Respecto de ésta, en palabras de la OIT, sin ella, sin organizaciones de trabajadores y de empleadores, autónomas, independientes, representativas, y dotadas de los derechos y garantías necesarios para el fomento y defensa de los derechos de sus afiliados y la promoción del bienestar común, el principio del tripartismo quedaría desvirtuado, cuando no convertido en letra muerta, y se atentaría gravemente contra las posibilidades reales de justicia social. La libertad sindical es una de las principales salvaguardias de la paz y de la justicia social.

Véase, de la Organización Internacional del Trabajo, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, por Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO, OIT, Ginebra, 2000.

<sup>104</sup> Más aun: la ley laboral procedimental vigente, al momento de regular los requisitos de la sentencia definitiva, dispone que debe contener "5. - *Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda*";". El juzgador cuenta así con un amplio abanico, el cual, en todo caso, debe armonizar dentro de la razón y los fines propios del Derecho Laboral.

Añádase el elenco de preceptos que la Dirección del Trabajo dice reconocer como fuente de derechos de carácter *fundamental*, al señalárseles o referírseles por el artículo 485 del Código Laboral. Véase su Orden de servicio 9, de 2008.

<sup>105</sup> En su *Ética y Derecho del Trabajo*, citado, tema II, punto 2.2.

<sup>106</sup> Téngase presente lo expresado en nota 100.

### c. Función social del trabajo.

Se le acoge en el Código laboral en un principal artículo (el número 2), ubicación no casual: *“Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.*

*Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.*

*Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios”* <sup>107</sup>.

De los variados efectos o consecuencias de tan especial entidad, no puede entenderse que en el Derecho Laboral el empleador pueda hacer todo lo que no esté prohibido, directriz propia del Derecho privado.

### d. Interés social. Quebrantamiento de leyes de protección.

La especial consideración normativa del interés social también es localizado a propósito de la regulación legal de la asociación sindical: *“Son fines principales de las organizaciones sindicales [...] 4. Actuar como parte en los juicios o reclamaciones, de carácter judicial o administrativo, que tengan por objeto denunciar prácticas desleales. En general, asumir la representación del **interés social comprometido por la inobservancia de las leyes de protección**, establecidas en favor de sus afiliados, conjunta o separadamente de los servicios estatales respectivos”* <sup>108</sup>.

Entendemos, es una calificación que debe extenderse a todo el Derecho Laboral. Si, para efecto de precisar las atribuciones o poderes patronales, la Dirección del Trabajo ha sido generosa en extender el sentido y alcance del brevísimo y particular precepto situado en el artículo 306 del Código (*“no serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten las facultades del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa”*), para resolver, por ejemplo, que *el poder de dirección patronal no sólo incluye la decisión de utilizar o no un determinado medio material, sino la de fijar las condiciones y las modalidades de uso de los mismos, en atención al interés empresarial correspondiente*<sup>109</sup>, pues entonces, no se ve razón para no considerar, estimando y extendiendo, el que citamos.

Comprenden enunciados que, pese a situarse en puntos específicos del Código, dejan ver -y también nutren- la *ratio legis* de su normativa.

### e. Correcta aplicación de leyes garantizadoras fundan desarrollo económico y social.

#### Derechos sociales y política social.

Obsérvese las valoraciones, expresas o ínsitas, albergadas en los *Considerandos* de la ley orgánica de la Dirección del Trabajo<sup>110</sup>: *“1. Que para alcanzar un adecuado desarrollo económico y social del país, es función primordial del Estado, velar por la correcta aplicación de las leyes que garantizan los derechos sociales de los trabajadores; 2. Que la Dirección del Trabajo es el organismo creado por ley para supervigilar la aplicación de esas leyes y realizar las demás funciones tendientes a asesorar al Supremo Gobierno en el desarrollo de la política social; 3. Que la importancia cada vez creciente de esa legislación, dado el desarrollo industrial y agrícola y la activa participación del trabajador en este proceso, hace necesaria la existencia de un organismo ágil y capaz de realizar convenientemente la labor técnica y fiscalizadora respectiva; 4. Que lo anteriormente expuesto aconseja modificar la estructura de este Servicio, reemplazándolo por una Dirección del Trabajo dotada de los medios convenientes para el cumplimiento de sus finalidades de interés público”*.

Aunque no impliquen preceptos propiamente tales, comprenden valoraciones referidas a las normas laborales. Lejos de envolver especulaciones o anhelos de algún autor u abogado, constituyen datos reales, esenciales para precisar cuáles motivaciones ha tenido el normador laboral, cuáles intereses ha estimado y preferido, y cuáles finalidades procura o persigue.

### f. Derecho a la oportunidad de ganarse la vida.

El derecho a trabajar ha debido reconocerse por el Estado chileno, y *“[...] comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado...”*, debiendo tomar medidas adecuadas para garantizarle.

<sup>107</sup> Artículo 2, incisos 1º, 3º y 9º.

<sup>108</sup> Código del trabajo, artículo 220, número 4.

<sup>109</sup> Entre otros, el dictamen 4217/204, de 2002.

<sup>110</sup> D.F.L. 2, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que dispuso la reestructuración y fijó funciones de la Dirección del Trabajo, 30 de mayo de 1967.



Entre las medidas para lograr la plena efectividad de tal derecho debe figurar orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Asimismo, internacionalmente ha asumido la obligación de respetar y hacer efectivo el derecho de todos al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que deben asegurar, especialmente: "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>111 112</sup>.

### g. Justa retribución remuneratoria.

A propósito de lo anterior, el Tribunal Constitucional le reconoce expresamente en calidad de *principio*, en los términos siguientes: "...cabe decidir además que el precepto legal impugnado [artículo 25, inciso 1º, del Código laboral], contradice frontalmente el principio de justa retribución, también instituido en el inciso primero del número 16º del artículo 19 constitucional. En este caso, no se trata de dilucidar un monto justo o suficiente para el salario sino de reconocer el derecho evidente a percibir remuneración por el tiempo dedicado al empleador, ya sea porque se está efectivamente laborando, ya sea porque aun sin realizar labor, el trabajador permanece a disposición del empleador"<sup>113</sup>.

### h. Derecho de sindicarse y el derecho a huelga.

De igual modo es obligación estatal garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales; el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; igualmente, el derecho a huelga<sup>114</sup>.

## Derechos humanos internacionalmente reconocidos.

### Validez jurídica de preceptos contenidos en instrumentos internacionales.

Los derechos de tratados internacionales ratificados y vigentes deben entenderse al mismo nivel que los expresamente acogidos constitucionalmente. Existe reconocimiento formulado por actores principales: "...los que negociamos la reforma [constitucional de 1989], entendimos que colocamos en un mismo nivel los derechos esenciales de la persona contenidos en la Constitución y en los tratados [...] y manifestamos: entendamos por derechos esenciales los asegurados en la Constitución del '80 y los contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conocíamos. El Pacto de derechos

<sup>111</sup> Decreto 326, año 1989, de Ministerio de Relaciones Exteriores, promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, artículos 6 y 7.

<sup>112</sup> Es un filósofo -y no un laboralista- quien nos comunica que el *derecho al trabajo* ya era explícitamente reclamado incluso antes de la Revolución francesa por Turgot (Carl Joachim FRIEDRICH, en *La Filosofía del Derecho*, traducción de Margarita Álvarez Franco, 8ª reimpresión de la 1ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2004, pág. 378).

<sup>113</sup> Tribunal Constitucional, rol 2114-11, sentencia de 16 de octubre de 2012, Considerando 9º, requerimiento de fecha 24 de octubre de 2011, de Sindicato de Trabajadores de Empresa Buses Ahumada.

<sup>114</sup> Véase el decreto 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, antes citado, artículo 8.

Dado el curioso contenido, sentido y alcance que algunas sentencias laborales asignan al artículo 381 del Código Laboral chileno, no está de más recordar que, para la OIT, "La contratación de trabajadores en sustitución de huelguistas menoscaba gravemente el derecho de huelga, y sólo es admisible en caso de huelga en un servicio esencial o en situaciones de crisis nacional aguda" (Organización Internacional del Trabajo, *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, citado, letra J, pág. 59).



*civiles y políticos; el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica...".*

Lo expresa quien, sobre la mencionada reforma de 1989, reconoce -textualmente- que, al igual *"que en la reforma del año setenta, me correspondió una participación directa en la reforma misma"*<sup>115</sup>.

Y la ley laboral expresamente recoge la procedencia de tratados internacionales para fundar sentencias definitivas<sup>116</sup>.

No obstante, en la práctica judicial (y en la hermenéutica gubernamental), se constata escasamente; por tal realidad legislativa y judicial chilena en el área jurídicolaboral -que incluye la composición de sus órganos-, no deja de ser paradójico que sea en la actividad del Tribunal Constitucional en la cual se halle algunas resoluciones que reconozcan obligatoriedad y aplicabilidad de pactos internacionales en el área del trabajo dependiente, es decir, que reconozcan lo obvio<sup>117</sup>.

Una de sus sentencias admite que los derechos del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria de duración razonable, al descanso y a disponer libremente de su tiempo, están expresamente reconocidos en todos los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la imperante Constitución Política complementan la garantía constitucional de protección sobre el trabajo reconocida en el artículo 19, número 16°, del mencionado texto constitucional.

El mismo fallo recuerda que *"...el artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que 'toda persona tiene derecho al descanso, al fin del tiempo libre y a una limitación razonable de la duración del trabajo'; el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce 'el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: 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', y el artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos declara que 'el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados partes garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: ... g) La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y h) El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales"*.

De allí, discurre que la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección que declara el artículo 19, número 16° de la Constitución imperante, *"...incluye el reconocimiento de que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida"*.

## **Reconocimiento estatal de ámbito de protección constitucional del trabajo.**

La reflexión que cruza la misma sentencia asume que la protección constitucional del trabajo, del artículo 19, número 16°, no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir tal garantía el expreso reconocimiento de la libertad de trabajo y su protección, constitucionalmente se extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo.

Por ello, protege también al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse efectivamente del Estado.

La protección jurídica sobre el trabajo incluye no sólo la libertad de buscarlo sino también el trabajo en sí: *"Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se protege igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por*

<sup>115</sup> Partícipe directo, Francisco Cumplido lo afirma en "Los tratados internacionales y el artículo 5° de la Constitución", incluido en la revista *Ius et Praxis*, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 2, número 2, 1997, págs. 93 y ss.

<sup>116</sup> Código del trabajo, artículo 459, número 5.

<sup>117</sup> Por voto de mayoría; es frecuente que, a propósito de estos temas, determinados integrantes sostengan tesis pro-empresariales.

este último el que asegura al trabajador cierta estabilidad o permanencia en su empleo o labor"<sup>118</sup>.

## **Bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. Principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación. El enfoque de Héctor BARBAGELATA.**

Una pertinente descripción de los derechos humanos laborales y su entidad constitucional fue formulada hace pocos años por Héctor BARBAGELATA; por su importancia le abordamos a continuación, reproduciendo -en lo esencial- las palabras del autor<sup>119</sup>.

Desde el último cuarto del siglo XX adquirió fuerza la doctrina que reconoce la validez jurídica de disposiciones de los instrumentos internacionales o de las constituciones políticas, en el entendido que no sólo constituirá un deber para el Estado legislar en el sentido de tales disposiciones sino que, además, éstas ofrecerán un criterio de interpretación del Derecho interno vigente y, a falta de estos últimos preceptos, tendrán un valor supletorio, sentido en que se han pronunciado tribunales constitucionales de varios países.

Se ha logrado pleno reconocimiento de que todas las normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, integran un sistema con jerarquía constitucional, sistema normativo al cual los tribunales constitucionales y la doctrina latinoamericana, usando una expresión acuñada por el *Conseil Constitutionnel* francés, pero ampliando su contenido, han dado el nombre de Bloque de constitucionalidad de los Derechos Humanos. Superándose discriminaciones entre las normas internacionales, se asienta la idea que lanzó Mario de la Cueva, de un Derecho Universal de los Derechos Humanos.

### **Surgimiento de la segunda generación de principios de Derecho del Trabajo y establecimiento de una enumeración tentativa.**

Reconociéndose -con sus consecuencias-, que el Derecho del Trabajo integra el sistema de los Derechos Humanos y que en ese sistema entra lo especificado con ese alcance en el propio texto de la Constitución de cada país, pero también los instrumentos internacionales de toda clase, en particular de los concebidos como económicos, sociales y culturales que en un tiempo se acostumbraba llamar de segunda generación, así como los incluidos en los convenios internacionales de trabajo, puede hablarse con total propiedad de la existencia de un bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales.

Por ello, el sistema de los Derechos Humanos Laborales y sus instituciones nos sitúa frente a un segundo elenco de principios del Derecho del Trabajo. Dentro de este elenco de Principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación, se ubican tanto los Principios comunes del sistema general de los Derechos Humanos (sin perjuicio de las particularidades respectivas) como los Principios propios o particulares de esta rama jurídica.

### **Dentro de los Principios comunes al sistema de los Derechos Humanos, destacan:**

**a. Primacía de la disposición más favorable a la persona humana.** Puede reputarse implícito en disposiciones del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 5.2 en ambos pactos), y de otros instrumentos, que acuerdan prioridad sobre las disposiciones de esos tratados, a las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, vigentes en un país, que reconocieren otros derechos fundamentales o lo hicieren en grado mayor.

La primacía de la disposición eventualmente más protectora resulta también afirmada en los artículos 8.3 y 22.3, respectivamente, de los Pactos Internacionales, a propósito de la libertad sindical y sus garantías, reguladas por el Convenio 87, de 1948, de la OIT.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el artículo 29, inc. B de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dejó aclarados sus efectos en el Derecho internacional y en el interno de cada país<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> Tribunal Constitucional, rol 1852-10, sentencia de 26 de julio de 2011, requerimiento de 2º Juzgado de Letras de Talagante, en autos rit 103-10, "Sindicato Interempresa de Conductores N° 4 Flota Talagante con Domingo Bravo y otros empresarios".

<sup>119</sup> Héctor BARBAGELATA, *Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación*, ya citado.

<sup>120</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, O.C. 5/85, de 13 de noviembre de 1985.

En la Declaración Sociolaboral del Mercosur también quedó constancia de que los "principios y derechos en el área del trabajo que pasan a constituir" [dicha Declaración] son "sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Partes haya instaurado o vaya a instaurar".

**b. Principio de irreversibilidad.** Complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, es decir, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada; está reconocido para todos los derechos humanos en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 4º de ambos).

En esos dispositivos, consta que las leyes promulgadas *a posteriori* por los Estados que han ratificado los Pactos, están condicionadas en materia de derechos fundamentales, por la obligación de no contradecir el propósito de "*promover el bienestar general en una sociedad democrática*". En esos términos, se coloca en absoluta contradicción con tal principio cualquier norma que prive a los trabajadores de derechos y garantías fundamentales ya previamente reconocidos.

Este principio además implicaría una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual puede reputarse un principio o regla general en el ámbito del Derecho del Trabajo desde su consagración en la Constitución de la OIT (artículo 19, inc. 8º), y universalmente aceptado.

Dentro de los denominados **Principios propios**, hay tanto algunos generales, mientras otros se refieren concretamente a los derechos de los trabajadores que deben regir las relaciones de trabajo; entre los últimos se encuentran:

**a)** Protección especial de la ley y consecuentemente de todos los órganos del Estado para todas las manifestaciones del trabajo y para todos los trabajadores.

**b)** Aseguramiento, sin discriminación de ninguna clase, de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, que incluyan entre otros, derechos tales como a') Remuneración que permita satisfacer las necesidades físicas, intelectuales y morales; b') Condiciones dignas de trabajo; c') Salud, seguridad e higiene del trabajo; d') Estabilidad y promoción en el empleo; e') Limitación del tiempo de trabajo, regulación de descansos, tiempo libre y vacaciones; f') Prohibición del trabajo infantil y limitación y regulación del trabajo de adolescentes, y g') Mantenimiento del empleo y a prestaciones económicas en casos de enfermedad y maternidad.

Como es evidente, esta enumeración se remite, con pequeñas variantes, a lo establecido por el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales -en su artículo 7-, así como en el Pacto de San Salvador.

En palabras de BARBAGELATA, existe una muy importante diferencia de peso jurídico entre los principios clásicos y los de segunda generación en tanto y cuanto continúe siendo aceptada la subordinación de los principios clásicos a las contingencias del Derecho positivo. En cambio, los principios de la segunda generación, como derivan del Bloque de Constitucionalidad, son indemnes a los cambios de la legislación, o sea que son supralegales, incluso supra-constitucionales (si hubiera contradicción con las cláusulas del texto constitucional), por ser inherentes a la personalidad humana, como -según señala dicho autor- ha sido insistentemente sostenido en fallos de tribunales constitucionales.

## **Garantizar principios y derechos fundamentales en el trabajo es deber estatal.**

Existen obligaciones estatales derivadas de ser Chile miembro de la OIT, compromiso asumido al incorporarse a la entidad, y que le hace solidario de lo que esencialmente persigue y de los principios fundamentales que la inspiran.

De los variados instrumentos básicos de la organización, destaca su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo<sup>121</sup>; ésta considera que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, **la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo** reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano.

Asimismo, que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales. De allí, por una parte, recuerda que al incorporarse libremente a esta organización tripartita, todos sus miembros **han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia**, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas; igualmente, que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios reconocidos como fundamentales dentro y fuera de dicha entidad.

<sup>121</sup> Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.

Por otra parte, declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia, de **respetar, promover y hacer realidad**, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, los **principios relativos a los derechos fundamentales** objeto de tales convenios, es decir, la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

De las fuentes normativas que acogen la libertad sindical destacan los Convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948), y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), respectivamente<sup>122</sup>. En palabras de una magistrada chilena, “[...] *la libertad sindical o el derecho a negociar colectivamente, que es una manifestación específica de la libertad sindical [...], tienen una relevancia internacional al estar consagrados internacionalmente en los Convenios OIT N° 87 y 98 y otros instrumentos, formando parte del patrimonio jurídico de la humanidad, que los reconoce como fundamentales*”<sup>123 124</sup>.

## Valoración de fuentes internacionales se expande en actividad judicial de diversos Estados.

Afrontando litigios laborales, es creciente el uso de estas fuentes por parte de tribunales de diversos Estados, observándose una “[...] *tendencia más amplia a la apertura progresiva de los ordenamientos jurídicos nacionales al derecho internacional en materia de derechos humanos en general y al derecho internacional del trabajo en particular. A este respecto, se percibe un número creciente de constituciones y de códigos del trabajo que confieren de manera expresa al derecho internacional un papel importante en el derecho nacional, bien mediante el reconocimiento de un valor supralegal para los tratados ratificados, bien mediante la atribución a los mismos de una función interpretativa en la aplicación del derecho nacional*”<sup>125</sup>.

En lo que atañe a la actividad judicial, enfoques magisteriales chilenos -como el señalado en el párrafo precedente- no están solos. Estudios de la OIT sobre los casos de utilización judicial del Derecho internacional del trabajo ha permitido distinguir tres categorías principales de uso, lográndose diferenciar la aplicación directa del Derecho internacional y dos tipos distintos de aplicación indirecta: la utilización interpretativa de tal Derecho y su empleo como fuente de inspiración para el reconocimiento de principios jurisprudenciales<sup>126 127</sup>.

## Códigos de conducta empresarial.

### Primacía de reglas hermenéuticas propias del Derecho del Trabajo.

Respecto de eventuales autolimitaciones patronales -unilaterales y no obligatorias- contenidas en reglamentaciones tales como los denominados *códigos de conducta empresarial*<sup>128</sup>, y que un autor chileno aventura que pueden ser utilizados para interpretar

<sup>122</sup> Instrumentos que integran los convenios fundamentales, fueron ratificados estatalmente el 1 de febrero de 1999, promulgados mediante decreto 227, de 1999, de Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicados en el Diario Oficial de 12 de mayo del citado año.

<sup>123</sup> Fragmentos de sentencia definitiva (“*Contextualización*”), denuncia en procedimiento de tutela laboral, rit S-52-2012, “Inspección Comunal del Trabajo de Providencia contra empresa Establecimientos Educativos San Gabriel s.a.”, Paola Díaz Urtubia, 2º Juzgado del Trabajo de Santiago, 25 de octubre de 2012.

<sup>124</sup> La extensión e intensidad de la tutela a variados derechos es verificable en otras actividades propias de la OIT. Además de sus Convenios, obsérvese el abanico de materias que incluye y reconoce el documento oficial *La libertad Sindical*. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006.

<sup>125</sup> Xavier BEAUDONNET, “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales”, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín. En la *Revista Derecho del trabajo*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, julio de 2006, pág. 6.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, pág. 8.

<sup>127</sup> Sobre sentencias emanadas de tribunales franceses (sistema monista, incorporación directa del Derecho internacional a la legislación nacional), y canadienses (sistema dualista), véase, de Eric GRAVEL y Quentin DELPECH, “Normas del trabajo y complementariedad de los ordenamientos nacionales con el derecho internacional”, en la *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, vol. 127, núm. 4, Ginebra, 2008, págs. 447 y ss.

<sup>128</sup> “Responsabilidad social de la empresa: ¿marketing o derechos?”, en el volumen colectivo *Responsabilidad social empresarial: Perspectivas jurídicas para estrategias sindicales*. Por Óscar ERMIDA, Guillermo GIANIBELLI y Álvaro ORSATTI, Friedrich Ebert (Fund.), Montevideo, julio de 2009, pág. 15.

no sólo actitudes del empleador sino incluso cláusulas del contrato de trabajo, es ERMIDA quien puntualiza que dicho uso interpretativo de los citados códigos patronales deben tener por marco las reglas hermenéuticas del Derecho del Trabajo, esto es, sólo podrán operar en favor del trabajador.

Añade que, en la medida que contenga disposiciones más favorables para el trabajador que las establecidas por la ley, el convenio colectivo, o el contrato individual de trabajo, el código de conducta empresarial podría ser considerado como un acto unilateral de autolimitación de facultades y atribuciones del empleador, y, como tal, exigible por el trabajador. Asimismo, las cláusulas de tales *códigos*, pactadas en convenios colectivos deberían ser exigibles como cualquier norma de un convenio colectivo, tanto por el sindicato cocelebrante, como por el trabajador incluido en el ámbito de aplicación del convenio<sup>129</sup>.

---

A propósito, ERMIDA anota que *“Como quiera que la responsabilidad social de la empresa tiene un fuerte contenido —y tal vez un origen— mercadotécnico, la labor del jurista debe ser encontrar qué de jurídico hay en ella”*. Ob. cit., pág. 25.

<sup>129</sup> Ob. cit., pág. 25, puntos 1.1. y 1.2.

## Capítulo V

### Interpretación estatal de los preceptos laborales. La incrustada técnica *Alexy*.

#### **Subsunción y principios laborales pueden operar congruentemente. Excepcional aplicación del finalismo en hermenéutica administrativa.**

Del año 2002 se ubica un dictamen administrativo, de la Dirección del Trabajo, uno de cuyos párrafos recoge una política que, atendiendo a la esencial índole de los derechos que refiere, debería entenderse como absoluta: *“los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular en cuanto al derecho a la dignidad del trabajador o trabajadora, a su honra, a su vida privada, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente”*<sup>130</sup>.

De modo armónico con tal enfoque, resoluciones oficiales generadas en los años 90 y posteriores, discurren según el procedimiento propio del laboralismo: subsunción y aplicación –con mayor o menor fortuna y rigurosidad– de principios jurídicolaborales.

La subsunción se realiza coherentemente cuando se consideran los principios y factores propios del ordenamiento laboral, y se tiene en vista sus específicas finalidades. En la actividad hermenéutica administrativa encontramos resoluciones que consideran –mencionando expresamente– los datos sistemáticos, integrando al método finalista-teleológico. De ellos, valioso –y excepcional– es el que razona: *“aplicando un criterio de interpretación finalista es posible señalar que la intención del legislador, claramente expresada en el artículo 387, letra b) del Código del Trabajo, es imponer al empleador, dentro del proceso de negociación colectiva, 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 la que están insertos, elemento esencial para asegurar a éstos y a sus organizaciones el cumplimiento eficaz del derecho fundamental a negociar colectivamente”*<sup>131</sup>.

Existen otros pronunciamientos que invocan acoger al finalismo<sup>132</sup>.

También hay pronunciamientos que, enfrentando casos de directa y evidente limitación de derechos fundamentales de trabajadores, discurren correctamente sin acceder a técnicas ajenas a la hermenéutica laboralista. Frente a poderes empresariales materializados en medidas de control lesivas, el uso de métodos interpretativos propios del Derecho Laboral fructificó en resoluciones limitativas de los arbitrios denunciados. Así, frente a un conflicto entre facultades del empleador y el respeto a la honra y dignidad de los trabajadores al incluir un registro de peso junto al registro control de asistencia, se estableció que *“El registro control de asistencia no constituye un medio idóneo de revisión y control del personal..., toda vez que el objeto del registro se encuentra taxativamente señalado en la ley y consiste en controlar la asistencia y determinar las horas trabajadas, no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley”*.

En otro caso, denominado de *conflicto* entre facultades del empleador y el respeto al derecho a la integridad psíquica, a no ser discriminados arbitrariamente, a la libertad de trabajo, y al derecho a la protección de la honra de los trabajadores al poner en uso el polígrafo en la selección de personal, se dispuso que *“El uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno”*<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> 2328/130, de 2002. Advertimos que, en su conclusión o parte resolutoria y mediante un juego verbal, relativiza y condiciona el respeto de derechos fundamentales cuya vulneración se denunciaba al citado Servicio.

<sup>131</sup> 4536/319, de 2000. Incongruentemente, la misma Dirección le desconoce en su acción práctica, en situaciones concretas de negociaciones colectivas (véase la nota 141). En todo caso, su fuerza obligatoria permanece.

<sup>132</sup> Tales como el 1187/018, de 2010, que atañe a remuneraciones (y que, pese a ello, discurre ignorando el *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*, de la ONU, sobre igualdad remuneratoria), y 2015/033 y 2166/037, ambos de 2006, que reconocen derechos –sobre descanso semanal–, de trabajadores bancarios y de instituciones financieras. Por otra parte, hacen suya la interpretación finalista de otro ente público (Ministerio de Educación), los dictámenes 1555/020, de 2011, y 1653/022, de 2010, sobre improcedencia de doble pago de beneficio estatalmente solventado.

<sup>133</sup> Pronunciamientos desarrollados en dictámenes 3347/132, de 1996, y 684/50, de 1997.

Lo que en tales casos se hizo administrativamente fue aplicar el Derecho, no recurriendo a ni ingresando parámetros ajenos; se hizo lo que se debió hacer.

Resalta la plena posibilidad de aplicación del camino recién señalado, si se observa que, en tales situaciones, el intérprete *podría* –aunque, correctamente, no lo hizo– haber invocado el derecho de propiedad empresarial, incluso en el que atañe a información empresarial durante la negociación colectiva, desvirtuando el proceso hermenéutico al someterse a otros parámetros o factores ajenos, por ejemplo a la técnica *Alexy*, con la cual, lo que es claro y prioritario –y que es razón de ser del Derecho Laboral–, pasa a ser relativizado y discutible.

## ¿Interpretación según principios o según criterios?

Existe enorme diferencia, ontológica y axiológica, entre **principios** y **criterios**. Observando los caminos que oficialmente se están utilizando para interpretar preceptos laborales, se divisa confusión entre lo que implican los **principios** jurídicolaborales y lo que significa **criterios** para la interpretación.

**Principio** es norma o idea fundamental o rectora, base, razón fundamental del Derecho sobre la cual se discurre o procede.

**Criterio**, por su parte, significa norma para conocer la verdad, juicio o discernimiento.

Son los principios los que deben atenderse como referente principal en y para la tarea interpretativa. Ningún *criterio* puede tener la fuerza o poder para reducirles o desnaturalizarles.

## La técnica *Alexy* en la actividad hermenéutica gubernamental.

Nos motiva a la prevención anterior el que la jurisprudencia administrativa chilena de los últimos años –y en algunos casos la judicial– ha incorporado otros caminos para la evaluación jurídica de conductas denunciadas como *limitantes* de derechos fundamentales. Si bien tal uso cruza la actividad y razonamientos tanto de la Dirección del Trabajo como de tribunales laborales, abordamos el tema revisando la acción de la primera; reconociendo su diferente índole, parte de la actividad hermenéutica judicial ha discurrido por razonamientos semejantes.

Ello repercute en generar jurisprudencia –administrativa y judicial– que, aunque en no pocos casos resulte en negar lugar a medidas empresariales lesivas del ejercicio de facultades personalísimas de trabajadores dependientes, transforma en relativo o condicionado lo que no debe serlo, con consecuencias de variado orden.

Es el caso de resoluciones que, evacuadas por la Dirección del Trabajo, sientan su doctrina reciente.

Ya en 2004, e invocando el ya aludido dictamen<sup>134</sup>, se incrustan otros *parámetros* o datos de interpretación laboral no contemplados en la ley: “Tomando en cuenta lo razonado precedentemente, en cuanto a que, a efecto de salvar la colisión que, para un caso concreto se produzca, entre las potestades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, **cabe complementar la doctrina vigente en materia de las facultades del control y revisión que el empleador ejerce sobre los trabajadores y sus efectos personales**, en el sentido que, además debe salvar el examen de proporcionalidad, esto es, además de tener que cumplir con los requisitos que el legislador ordena (generalidad e imparcialidad de la medida) y de los que emanan de la doctrina administrativa (la publicidad de las medidas de control, entre ellas), deberá responder asertivamente a las tres reglas o juicios que emanan del principio de proporcionalidad, ya referidos. La falta de fundamentación de la actuación del empleador que lesiona uno o más derechos fundamentales o su desproporción, serán señal inequívoca de lesión de derecho fundamental, con las consecuencias que ello conlleva en base a la ley 20.087”<sup>135</sup>.

Tal proceder se ha mantenido; se expresa, en 2010 que “[...] este Servicio ha aceptado (así, dictamen N° 2210/035, de 05.06.2009<sup>136</sup>) como criterio para resolver tales colisiones, para aquellos casos en que no se hubiere resuelto por el legislador, el denominado principio de proporcionalidad, por medio del cual se produce un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende adoptar basado en la

<sup>134</sup> 2328/130, de 2002.

<sup>135</sup> Dictamen 3704/134, de 2004, que indica fijar sentido y alcance oficial de los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 2º del Código del trabajo, referidos al *derecho a la no discriminación* en el ámbito laboral.

<sup>136</sup> Resolución cronológicamente anterior que discurre de similar modo, aunque se abstiene de denominarles “*sub principios*”: “[...] existen ciertos requisitos que se deben seguir al imponer límites a un derecho fundamental y que se pueden englobar en la aplicación del denominado ‘**principio de proporcionalidad**, resultando, a partir de éste, que el empleador, para, en un caso concreto, poder limitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador o trabajadora, tendrá que cumplir con [...]”.

valoración del medio empleado y el fin deseado. Tal principio de proporcionalidad admite una subdivisión en tres sub principios, a saber: a) El principio de adecuación o idoneidad, según el cual, el medio empleado debe resultar apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada, en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental, cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto; b) El principio de necesidad, según el cual la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otro modo de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa, y, c) El principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que supondrá analizar si la limitación del derecho fundamental resulta **razonable** en relación con la importancia del derecho de que se trata de proteger con la restricción<sup>137</sup>.

Le llamaremos *técnica Alexy*.

Anotemos que ya en 2008, mediante una especial Orden de servicio, la Dirección del Trabajo dispuso que, "[...] siempre, en cada caso particular se deberá ponderar, aplicando el juicio de proporcionalidad, si una limitación a un derecho fundamental en el ejercicio de las facultades de dirección y mando del empleador, constituye una vulneración a una de las garantías tuteladas, en los términos del artículo 485 inciso 3º del Código del Trabajo"<sup>138</sup>. Con ello, dio por obligatoria la aplicación de tal técnica o procedimiento.

Ahora bien, el discurrir oficial da a entender que el ejercicio de las facultades empresariales de dirección y mando puede -legítimamente- limitar un derecho fundamental, y que lo que debería examinarse es si tal limitación constituye o no constituye una vulneración constitucional; es decir, siguiendo ese razonamiento, aquellas limitaciones que no importan vulneración a aquellas garantías constitucionales expresa y *taxativamente* (según la misma Dirección) citadas en el artículo 485 del Código, pues -para ellos-, no deberían generar mayor preocupación contralora.

En los hechos, así ha sucedido. La citada Orden de servicio no menciona numerosos dictámenes que se pronunciaron (no decimos *resolvieron*) sobre casos laborales de modo muy diverso a la orientación que tal documento exhibe, con efectos muy lesivos para la parte trabajadora<sup>139</sup>.

Bajo tal *nuevo* razonamiento oficial, no existirían los principios laborales, que, de por sí, son prevalentes o prioritarios.

## Imágenes de coherencia y pertinencia aplicativa.

Por lo anterior, se localizan en la práctica interpretativa oficial tres vocablos (*idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad*), que denotan cualidad o calidad, en este caso de conductas. Datos, variables o parámetros invocados en dictámenes oficiales y no pocas sentencias, seleccionándose de ellos uno o varios para fundar su respectiva decisión administrativa o judicial, especialmente si quien resuelve entiende que se está debatiendo la limitación del ejercicio de derechos denominados fundamentales, de reconocimiento constitucional.

Serían tres datos cuya operación permitiría justificar que una restricción a un derecho, por acción, omisión o insuficiencia, es ilícita.

Desde la perspectiva del Derecho Laboral, una primera mirada daría a entender que su aplicación permitiría desvalorar en mayor grado la conducta empresarial, y, con ello, detener, limitar o condicionar su acción. Aparece como una triple valla, o barrera adicional que la parte empleadora debe superar para concretar limitaciones a derechos fundamentales. Parece, así, reconocerse mayores garantías para el ejercicio de derechos esenciales, y mayores obstáculos para perturbar su desarrollo.

La reflexión oficial antes reproducida aparenta coherencia y puede resultar atrayente para la posición de los trabajadores, para sus intereses. Sin embargo, teniendo presente la razón de ser del Derecho del Trabajo, y los consecuentes principios que lo informan, reconocidos por el propio ordenamiento, las piezas del comentado método no encajan plenamente.

<sup>137</sup> Dictamen 4936/092, de 2010; la negrita es nuestra. Contenido semejante poseen los ordinarios 3441/072, de 2008, 3416/049, de 2009, y 3032/047, de 2010, este último particularmente impreciso.

<sup>138</sup> Orden de servicio 9, de 2008.

<sup>139</sup> Entre otros, el 5423/249, de 1995, que calificó de *legal* una cláusula contractual que imponía una treintena de tareas al trabajador, incluyendo funciones tan diferentes como *tractorista*, *ayudante de laboratorio* y *raspador de canchas*.

Ilustrativa declaración se sitúa en el ordinario 5370/312, de 1999: "[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...*". Política que condena a los trabajadores a una desequilibrada relación con el empresariado; es muy improbable poder negarse a la imposición patronal, más cuando, en materias claves tales como causales de despido y negociación colectiva, la regulación favorece nítidamente a los empleadores, acorde con la denominada *flexibilización laboral*.



Se percibe que, tras su aparente congruencia y solidez, tal vez adecuado para operarse en otras ramas jurídicas, en ésta permite relativizar o condicionar principios laborales al enfoque o examen según la luz de tales datos o variables, abriendo la puerta para socavar la fuerza e importancia de los aludidos principios; con ello, olvido de las prioridades y preferencias hermenéuticas establecidas en el propio Derecho del Trabajo. Es que de tal reflexión funcionaria se desprendería –y así ocurre en los hechos- que los derechos constitucionales (esenciales), serían fundamentales (se entiende, inviolables), sólo mientras no aparezca el derecho de propiedad empresarial; el cual, aunque se olvide, es poder sobre cosas, no sobre personas.

Dichos *criterios*, acogidos en no pocos dictámenes que le citan como guía hermenéutica, implican enfoque y tratamiento **igual** para condiciones **desiguales**. Con ello, acentúan el desequilibrio de un vínculo ya desajustado, tanto por la dependencia y subordinación de la parte trabajadora, como por su necesidad de conservar (como sea), un empleo remunerado.

Tal corriente interpretativa condiciona el respeto de derechos fundamentales del trabajador. Al cotejar de igual a igual la necesidad o requerimiento patronal con derechos fundamentales, quiérase o no, se abre la vía para tornar en lícito el desconocimiento (*violación*) o menoscabo de derechos *fundamentales*; por tanto, en la realidad, a estos se les desconoce dicha especial calidad.

### ¿Principios jurídicos o instalación de política económica?

Reiteremos: se asigna al llamado juicio de *proporcionalidad* o *ponderación* el constituir una técnica para resolver conflictos entre principios que establecen derechos<sup>140</sup>. Sin embargo, al relativizar principios laborales –o lisa y llanamente desconocerles-, en la práctica, en los hechos, se subordina el Derecho del Trabajo a la imperante política económica<sup>141</sup>, esto es, a los intereses de la contraparte contractual. La conveniencia (*necesidades*) del empresariado, que motiva y encauza sus acciones o medidas -eventualmente cuestionables-, se enlazan fuertemente con la imperante política económica; la orienta, e incluso determina.

Con ello, el respeto de derechos queda al nivel de la conveniencia o utilidad empresarial. Es que, desde un enfoque jurídicolaboral, los tres criterios que componen la mencionada técnica se divisan ligados a tal *conveniencia* o *utilidad* de una de las partes, la empresarial. Surgen interrogantes: ¿acaso la necesidad (*conveniencia* o *utilidad*) de un proceso operativo, o la vigilancia o custodia de propiedad empresarial, puede primar sobre derechos esenciales? Para la nueva tendencia sí podría; sólo así puede entenderse que se incruste este método, cuyos pasos atañen a criterios utilitaristas; sólo la tercera fase envuelve -en cierto grado-, valoración jurídica, pero encauzada a lo *razonable* (relativo y cuestionable), no a lo lícito.

Sin embargo, al intérprete laboral le corresponde aplicar el Derecho del Trabajo.

Considerando la realidad de *dependencia* y el parámetro conductual de *subordinación* que marcan la relación laboral, no puede aplicarse, tampoco pedirse o exigirse a la parte desfavorecida criterios de *razonabilidad* idénticos a los que se aplican, piden o exigen a la parte dominante. Lo que es *razonable* para la parte dominante del nexo laboral no lo es para la parte dependiente y subordinada. De allí que exista con perfiles propios el Derecho del Trabajo, para *nivelar* lo desnivelado.

La incrustación de tal técnica en la hermenéutica del Derecho Laboral se divisa como ariete de la estrategia neoconservadora de socavamiento de este Derecho, precisamente por abajo, de modo velado o solapado, mediante la incrustación de parámetros interpretativos ajenos. Velada o solapadamente ya que de modo abierto o manifiesto a ninguna política puede entregársele o reconocérsele fuerza o poder para que, en tal afán,

<sup>140</sup> Véase, de Juan José MORESO, "Alexy y la aritmética de la ponderación", citado, pág. 69.

<sup>141</sup> En efecto, el órgano fiscalizador e intérprete de los preceptos laborales se somete al régimen económico oficialmente impulsado y no a la ley ni a sus principios laborales. Caso notorio, 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 en contra de una empresa parte de un importante grupo empresarial (resolución número 20, 8 de febrero de dicho año, el cual le obligaba a suministrar documentos imprescindibles para justificar la negativa respuesta patronal a peticiones laborales. Se citó a reunión a los dirigentes sindicales, asistiendo, por la citada Dirección, la asesora jurídica y el director regional subrogante; para sustentar su medida revocatoria, éste último alegó la "*autonomía*" de las empresas y "*las reglas del mercado*", pese a que le correspondía aplicar la ley y no la política económica.

soslaye o desfigure principios, mediante la vía de insertar **otros** parámetros para su evaluación, completamente ajenos al Derecho del Trabajo. Su resultado es rebajar la entidad de derechos fundamentales del trabajador, al nivel del derecho de propiedad del dueño (empleador).

### Un hipotético caso aplicando tal proceder.

Veamos un caso, que -para quienes conocen la realidad laboral chilena- no parecerá exagerado. En una empresa textil, reiteradamente se ha producido la sustracción de grifos de los lavamanos situados en los baños, tanto de varones como de mujeres. El empleador, no divinando otra vía, instala cámaras de video, circuito cerrado, en el interior de aquellos, las cuales sólo enfocan el sector de lavamanos y espejos, y no -directamente al menos- a los WC ni urinarios. El sindicato presenta un reclamo ante la respectiva Inspección del Trabajo, invocando afectación de derechos (intimidación y honra, artículo 5 del Código laboral en referencia a su reconocimiento constitucional).

Si el intérprete sigue la vía hermenéutica oficialmente ordenada, puede entender que la medida empresarial aparentemente *cumple* (llamémosle así) con los datos o requisitos de *generalidad e imparcialidad*, exigencias que, si bien según el artículo 154 del Código se aplican a determinadas situaciones, le añadimos ahora, instalando, así, más obstáculos en la ejemplificación.

A continuación, y aplicando las reglas instruidas, en cuanto a *idoneidad*, el intérprete puede entender que el medio empleado resulta apto o idóneo para la consecución del fin propuesto; en lo que atañe a *necesidad*, puede razonar que la medida limitativa es la única capaz de obtener el fin perseguido, y, por último, en lo relativo a *proporcionalidad*, y considerando el daño económico al empresario, su obligación de mantener servicios higiénicos, y de que las cámaras no enfocan directamente a urinarios o WC, podría el intérprete concluir que la limitación del derecho fundamental resulta "*razonable*" en relación con la importancia del derecho de que se trata de proteger con la restricción (la propiedad, especialmente exaltada por la corriente interpretativa predominante).

Así, transitando por dicho camino, podría llegarse a una respuesta insólitamente afirmativa, favorable a la acción empresarial.

Es que tal camino hermenéutico agudiza lo subjetivo, y no evita llegar a un punto crítico: medir lo "*razonable*". Y esa medida, siendo "*razonable*" para la parte empresarial, probablemente lo será para el intérprete que, ya soslayando principios laborales y alejado de éstos, verá o enfocará el asunto como un tema entre iguales y, valuando la pérdida económica empresarial por la sustracción, podrá calificar de *lícita* a la medida patronalmente adoptada.

Los datos hermenéuticos insertados por la señalada práctica abren la puerta para conclusiones ajenas al Derecho del Trabajo.

En cambio, teniendo presente los principios, valores y fines del Derecho Laboral, y subsumiendo la conducta empresarial en preceptos clave, tales como el propio artículo 5 del Código y el resguardo constitucional, debe concluirse que la acción del empleador es ilícita. La solución normativa se impone al revisar la regla jurídica, más aun al ser esta última de especial valor.

Por lo expresado, no puede darse por hecho que siempre se resolverá adecuadamente conforme al Derecho del Trabajo si se consideran aspectos o datos evaluativos extraños o ajenos, cuya consecuencia es atenuar o reducir la importancia de los principios laborales. Los propios razonamientos oficiales dejan ver esta posibilidad; por ejemplo, examinando un caso sobre discriminación en la contratación, se desliza que "*Las diferencias de trato se permiten cuando los supuestos son desiguales y cuando la distinción obedece a un criterio de necesidad y se cumple con ciertos requisitos como la idoneidad y proporcionalidad*"<sup>142</sup>.

### Razonamiento gubernamental, derecho de propiedad, entrega de amplias potestades al empleador.

El razonamiento gubernamental<sup>143</sup> - influido -y condicionado- por la política económica y otros factores también extrajurídicos, se asienta de variadas formas. Reproducimos palabras oficiales (Dirección del Trabajo, 2004), que integran un dictamen ya citado<sup>144</sup>: "[...] *todo derecho, en razón de su naturaleza limitada, debe ceder en su virtualidad protectora para armonizarse y compatibilizarse con otros bienes y derechos, también de relevancia constitucional.*

<sup>142</sup> 374/005, de 2010, sobre Principio de no discriminación y oferta de trabajo. Concluye que la peticionaria "*ha sido objeto de una discriminación que tiene a la maternidad como fuente, razón por la cual se trataría de una discriminación por razón de sexo que, por lo mismo, carece de una fundamentación objetiva y razonable*". Nótese la fórmula verbal usada para resolver: "...se trataría...".

<sup>143</sup> *Gubernamental*, toda vez que depende -y pende- del órgano Ejecutivo.

<sup>144</sup> 3704/134, de 2004. E invoca razonamientos contenidos en dictamen 2856/162, de 2002.

Fácil resulta advertir que los derechos fundamentales del trabajador habrán de reconocer como potencial limitación en su ejercicio, el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le reconoce al empleador, los cuales reconocen como su fundamento último, la libertad de empresa y el derecho de propiedad –artículos 19, N<sup>os.</sup> 21 y 24 de la Constitución, respectivamente–, garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial –ratio económica [sic].

Evidente es la importancia que la libertad de empresa y el derecho de propiedad poseen para el órgano público; al grado que, para éste, incluso podrían envolver la limitación de derechos fundamentales de la parte que, precisamente, por su muy diverso estado y fuerza, más necesita ser nivelada, al menos en la regulación jurídica.

Si el intérprete gubernamental considera que el propietario<sup>145</sup> cumple los citados criterios, prima, se impone, mandaría el derecho de propiedad y la libertad de empresa.

Poniendo atención, se observará que prácticamente todos los casos pueden ser relacionados, atañer o ser comprendidos como incidiendo en el derecho de propiedad patronal y sus “manifestaciones” de dirigir y administrar la empresa. Es decir, es una vía para relativizar principios laborales rectores.

Más adelante, la entonces titular de la Dirección del Trabajo imputa o asigna al contrato de trabajo (en el cual, en los hechos, el trabajador podrá incidir poco o nada), la extensión y configuración de los poderes empresariales, sólo declarando el impedimento de que se mantengan una vez terminado el contrato o que incidan en la vida ajena al vínculo. Es decir, sólo deja afuera lo obvio, abriendo la puerta para permitir ejercer poderes patronales amplios dentro de la relación.

En lo que atañe a normas básicas irrenunciables y uso no arbitrario, señala que su regulación se entrega al legislador, lo cual resultaría plenamente entendible, siempre que olvidásemos que lo está afirmando el propio intérprete.

En otras palabras, la voz oficial, reconociendo la importancia del tema, insinúa la propia renuncia para servir de freno al comportamiento ilícito desentendiéndose de su responsabilidad (nótese la referencia a la tarea del legislador, ipese a que constituye el intérprete oficial de su producto normativo y el fiscalizador de su cumplimiento!). “Estas facultades, que responden a lo que genéricamente se denomina poder de dirección –comprendiendo en este concepto amplio tanto el poder de dirección strictu sensu como el disciplinario–, si bien encuentran, como se dijo, sustento en la garantía constitucional de la libertad de empresa y el derecho de propiedad en cuanto conforman un cúmulo de facultades organizativas para el empresario, se definen y concretizan [sic] en cuanto a su extensión y configuración –ratio jurídica– en el contrato de trabajo –dichos poderes no pueden ejercerse más allá de la relación laboral y extenderse a la actividad extralaboral del trabajador–, a lo que debemos agregar la ley –será el legislador el que regule el ejercicio legítimo de este poder estableciendo normas mínimas irrenunciables, así como su uso no arbitrario–”.

## Los denominados “derechos fundamentales del empleador” como creación gubernamental.

Para la Dirección del Trabajo, “...es necesario precisar, que los derechos fundamentales no son absolutos y por lo mismo reconocen como límites la moral, el orden público, y el bien común, así como el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales; los derechos fundamentales del empleador...”<sup>146</sup>. Es decir, para el aparato público legalmente obligado a velar por el cumplimiento de las leyes laborales, existirían, ahora, los “derechos fundamentales del empleador”; esto es, que serían inherentes no a su calidad de persona o personas (entendible), sino a su rol de empleador o patrón, de propietario. Derechos que, versando sobre cosas (y no sobre personas), mediante un juego verbal, a través de una construcción interpretativa oficial, son expandidos, haciéndose incidir sobre ámbitos clave de personas, de trabajadores que ya situados bajo dependencia y subordinación, esto es, ya ubicados como dominados respecto del patrono; por tanto, que con mayor razón requieren amparo, e interpretaciones que recuerden y realicen el principio tutelar.

<sup>145</sup> Aunque en la ley laboral y en el contrato aparece como contraparte la figura del empleador, en realidad aquélla es el propietario, quien puede vender o ejecutar otras medidas de transferencia -o gravamen- respecto de la empresa, sin requerir voluntad o aquiescencia del trabajador; más aun, puede cambiar cuantas veces quiera a quien aparece como empleador. El propio Código preceptúa que “Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores” (artículo 4, inciso 2<sup>o</sup>). Aunque no aparezca, la figura clave es el propietario, el dueño, sea unipersonal o societario.

<sup>146</sup> Orden de servicio 9, de 2008.

En parte alguna de la Constitución Política aparece un denominado *derecho fundamental del empleador*; en verdad, esta noción obedece a una creación hermenéutica de la misma Dirección del Trabajo. Y no es casual: de un tiempo a esta parte los principios laborales simplemente parecen no existir para los aparatos públicos.

De ser consecuente con su alegación, que señala considerar el *bien común*, la citada Dirección, en numerosos casos análogos debería resolver considerando que -con mucha mayor razón- el derecho de propiedad empresarial (derecho sobre cosas), tiene límites. Y que no debe ponerse al mismo nivel ese derecho con los auténticos derechos fundamentales, tales como el respeto de la dignidad personal.

## Derecho de propiedad, límites y limitaciones.

No está de más recordar la definición legal de esta facultad: “[...] derecho *real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”<sup>147</sup>.

Por una parte, tal derecho -cuya importancia no desconocemos- no se ejerce sobre personas sino sobre cosas u objetos; los antecedentes históricos y las múltiples apreciaciones doctrinales dejan clara tal índole<sup>148</sup>. Por otra, la propia descripción, mantenida por centurias, dispone sus límites: *la ley y el derecho ajeno*; y si el derecho que se presenta frente a su ejercicio posee índole de *fundamental*, pues no debería haber duda de la diferencia axiológica entre uno y otro. Y debería concluirse que ninguna potestad que se infiera de tal derecho (por ejemplo, *organizar, dirigir y administrar la empresa*), puede no sólo no quebrantar sino ni siquiera limitar el ejercicio de derechos esenciales.

Añadamos que el dominio o propiedad no posee el alcance de hace dos siglos; no es un derecho absoluto; hoy le limita, por ejemplo, el interés público (la expropiación por causa de utilidad pública); y, frente al Derecho laboral, no puede sobrepasar la función social ni el interés social, conceptos jurídicamente valorados, recogidos expresamente en esta rama. Lo mismo con la llamada libertad de empresa, que topa, entre otros márgenes, con la existencia de un sector económico público, la planificación estatal y la reserva de actividades o áreas productivas o de servicios para dicho aparato.

La imperante Constitución Política, en su artículo 19, números 21 y 24, si bien recoge y asegura, respectivamente, el “*derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a...*”, y “*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes...*”, no dota o insufla a los mismos del contenido que la Dirección del Trabajo indica; tal contenido, en verdad, es generado o creado por la propia interpretación gubernamental.

Entendemos que el ejercicio de tales *potestades*<sup>149</sup> empresariales no puede invadir derechos de otros, derechos ajenos, menos si se trata de derechos *fundamentales* personalísimos<sup>150</sup>. Este dato, esencial, no es mencionado, ni en ese dictamen ni tampoco en otros. Y si, *eventualmente* (como señala el órgano público), se limitase su ejercicio, pues quedaría claro que no es derecho *fundamental* ya que meros poderes, inherentes a la propiedad, tendrían la fuerza de limitarle, restringirle, reducirle o condicionarle. Así, se divisa un desajuste -no menor- en la valoración oficial.

Señalándosele como medio históricamente forjado para proteger la dignidad y la libertad humana, de asignarse al régimen de propiedad privada un ilimitado contenido se le impide cumplir ese rol<sup>151</sup>. Insistimos: es derecho sobre cosas (médula de este derecho *real*), no poder, potestad o facultad sobre trabajadores en la relación laboral dependiente. No obstante, amplificado mediante la vía administrativa, en los hechos así está operando.

<sup>147</sup> Artículo 582, inciso 1º, del Código civil chileno.

<sup>148</sup> Véase, de Eduardo NOVOA MONREAL, *El derecho de propiedad privada*, 2ª edición, Centro Latinoamericano Simón Bolívar, Santiago, 1989, págs. 18 y 19.

La Partida Tercera le definió como “*Poder que ome ha en su cosa de facer de ella o en ella lo que quisiere, según Dios e según fuero*” (L. 1, Tít. 28), frase que se complementa con otra: “*Pero débelo facer de manera que no faga daño ni tuerto a otro*” (L. 13, Tít. 32). Considerando que los juriconsultos romanos no conceptualizaron el dominio, NOVOA califica tal definición como una de las primeras en la historia del Derecho (pág. 17).

Además, el citado autor chileno hace notar que la Declaración Universal de Derechos Humanos no habla del derecho de propiedad sino del derecho a la propiedad: “*Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente*” (artículo 17, 1).

<sup>149</sup> “*Potestades*” según el léxico oficial. Se observa que, cuando oficialmente a los poderes que se desea asignar a la parte empresarial no se les puede calificar de *derechos* (porque no lo son), se utiliza la vía de denominarles así.

<sup>150</sup> Como señaló PERTICONE, *el sistema de los fines se concreta en una tabla de valores últimos, no reducibles a la función de medios* (Giacomo PERTICONE, *Orientaciones actuales del pensamiento jurídico*, citado, págs. 70 y 71).

<sup>151</sup> Véase la opinión de NOVOA, ob. cit., pág. 109.

Abordamos derechos fundamentales, que atañen a la persona, no a la propiedad. Añádase que el ordenamiento jurídico en su faceta represiva, como lo es el Derecho penal, indica nítidamente cuáles bienes son más intensamente tutelados, privilegiando la vida y la integridad personal respecto de los derechos patrimoniales, respecto de la propiedad.

En cuanto al poder de "*adaptarse a las necesidades de mercado*", no encontramos tal derecho, facultad o *potestad* recogido en ningún precepto laboral. Ni siquiera en la Constitución Política. Tal vez se infirió –forzosamente– del poder empresarial de despedir arguyendo *necesidades* de la empresa y sus derivados (consignado en el artículo 161 del Código Laboral). No obstante, la ley laboral es estricta en cuanto a permitir alterar unilateralmente condiciones contractuales, siendo excepcional el poder empresarial para modificarlos<sup>152</sup>. No divisamos la existencia de tal derecho *adaptador* con la amplitud que se le plantea. Podría calificarse como necesidad empresarial que, mediante fórmulas verbales similares, se incrusta legislativamente para otros efectos (caso del citado artículo 161), pero, entendemos, no es un *derecho*.

### **En el Derecho del Trabajo no existen *principios* tales como el *derecho de propiedad y la libertad de empresa*.**

Al intérprete laboral, administrativo y judicial, le corresponde interpretar la ley del trabajo y, para ello, debe aplicar los *principios laborales*. Ningún principio de Derecho Laboral envuelve el derecho de propiedad empresarial, o la denominada libertad de empresa, mencionadas por la Dirección del Trabajo. Ésta, por una parte, deja de lado, sin siquiera nombrarles, a principios clave de la **propia** rama jurídica (y la Dirección del Trabajo, por mandato, debe interpretar las leyes **laborales**), mientras, a la vez, introduce otros criterios, ajenos a la rama, que enfocan –como si fuesen de igual fuerza o poder–, a empleador (empresario) y trabajador.

El denominado *poder de organizar, dirigir y administrar la empresa* nunca ha sido derecho de rango constitucional. Se alberga en un solo precepto laboral –de jerarquía legal–, que regula materias propias de negociación colectiva<sup>153</sup>. Asume relevancia sólo gracias a interpretaciones gubernamentales muy generosas, encauzadas no por la juridicidad chilena sino por directrices u órdenes motivadas en la implementación de un específico régimen económico, y por la influencia de corrientes hermenéuticas aparentemente neutras, confeccionadas para otra realidad social y otro tipo de conflictos jurídicos.

### **Orígenes de tal corriente. La técnica Alexy.**

La gestación de este proceder interpretativo, no reconocido en la ley pero recogido por el aparato gubernamental chileno, se localiza, al menos en su manifestación reciente, en Alemania, en los años 80 del siglo XX. Indicándose a Robert ALEXY como principal impulsor<sup>154</sup>, para éste existirían dos operaciones de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación o proporcionalidad; y esta última sería un modo de resolver conflictos entre principios<sup>155</sup>.

Según CLÉRICO, el mandato de proporcionalidad en sentido amplio contiene criterios para determinar si, en el caso concreto, se ha permitido que el derecho afectado se realice lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Estos criterios están dados a través de los tres subcriterios contenidos en el mandato de proporcionalidad en sentido amplio: el mandato de idoneidad (*das gebot der geeignetheit*),

<sup>152</sup> A propósito del *ius variandi* (que otros preceptos recogen), llama a la atención la fuerza persuasora de algunas locuciones latinas en el Derecho, cuyo efecto envuelve sumisión cultural-conductual, una renuncia - *a priori*- a su examen y crítica; de que, si algo se plantea mediante tales expresiones, significaría que "*debe ser así*", sin requerir o exigirse explicación ni permitirse cuestionamiento.

<sup>153</sup> "*Son materias de negociación colectiva todas aquellas que se refieran a remuneraciones, u otros beneficios en especie en dinero, y en general a las condiciones comunes de trabajo.*

*No serán objeto de negociación colectiva aquellas materias que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa y aquellas ajenas a la misma*" (Código Laboral, artículo 306, incisos 1º y 2º).

<sup>154</sup> Lo hace José Juan MORESO, datándole en 1986, con la presentación de su *Teoría de los derechos fundamentales*. En su trabajo "Alexy y la aritmética de la ponderación", citado, págs. 69 y ss.

Implica una corriente germana incrustada en el Derecho Laboral latino particularmente por intelectuales y funcionarios ligados al poder económico que, en los últimos tres decenios, recuperó predominio cultural y político, impulsando el desmontaje de la tutela estatal de derechos esenciales.

<sup>155</sup> En "La fórmula del peso", incluida en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Miguel Carbonell, editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, págs. 13 y ss.

El desdén por la índole valorativa del Derecho y la sumisión a la lógica formal pueden percibirse en las decenas de fórmulas matemáticas insertadas como base de razonamiento.

el mandato del medio alternativo menos lesivo o mandato de necesidad (*das gebot des milderer mittels o das gebot der erforderlichkeit*), y el mandato de la proporcionalidad en sentido estricto (*das gebot der proportionalität im engeren sinne*).

Así, el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una relación *razonable* con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado<sup>156</sup>.

### **Procedimiento confeccionado para evaluar la acción estatal respecto del menoscabo de derechos ciudadanos.**

Tal criterio no se adecua para precisar -en casos concretos- la normativa **laboral** chilena; tal método evaluativo se elaboró para otro sistema jurídico, otra idiosincrasia y para enfrentar conflictos de otra índole. Fue y es su razón el tener en vista y evaluar la acción del Estado respecto de su eventual lesión a particulares (ciudadanos), no la tutela y sobrevaloración del derecho de propiedad empresarial<sup>157</sup>.

Elaborada para casos de debate constitucional y no jurícolaborales, incluso en Alemania eventualmente se ejecuta tal parámetro. En efecto, "...fue aplicado expresamente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en un caso del año 1993 sobre la constitucionalidad de una ley que reglamentaba la interrupción del embarazo para todo el territorio de la República. Volvió a ser aplicado en la decisión del año 1998 sobre una reglamentación de la ley de interrupción del embarazo realizada por el estado federado de Baviera y en una decisión sobre la admisibilidad de una acción de amparo referida a la constitucionalidad del límite de ingesta de alcohol permitido para los automovilistas.

Además, lo ha aplicado explícitamente para examinar la admisibilidad formal de acciones referidas a la constitucionalidad de la ley que regula la circulación de autos para la protección de la capa de ozono, el funcionamiento de una central de transformación eléctrica, y la instalación de centrales transmisoras de ondas para funcionamiento de teléfonos celulares móviles"<sup>158</sup>.

Como se evidencia, tal fórmula fue confeccionada para casos en que la acción estatal puede colisionar con bienes de titularidad individual (el ciudadano frente al Estado, o frente a la gran empresa pero en su calidad de *ciudadano*), y no para ser aplicados en el ámbito y la relación laboral, que posee índole, actores, principios y parámetros muy diferentes.

### **El juicio ponderativo exige principios del mismo valor o jerarquía. Implica sólo un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía.**

La oportunidad o pertinencia de su uso en el Derecho Laboral chileno es cuestionable.

Como recién señalábamos, incluso en Alemania, para su aplicación se debe estar frente a un aparente conflicto entre bienes de igual valor o jerarquía; ¿son, acaso, de igual valor la *propiedad* -que la empresa ejerce como derecho-, y la *dignidad* del trabajador?

PRIETO explica que en la ponderación hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto; en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. En cuanto a tales intereses o bienes, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas **y del mismo valor**<sup>159</sup>.

La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía. La ponderación comienza desde el momento que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Laura CLÉRICO, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Miguel Carbonell, editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pág. 126.

<sup>157</sup> *Fórmula del peso*, citada, págs. 13 y 55.

<sup>158</sup> CLÉRICO, "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", citado, pág. 127.

<sup>159</sup> La negrita es nuestra.

<sup>160</sup> Luis PRIETO, "El juicio de ponderación constitucional", citado, págs. 99 a 102.

Los derechos a la vida privada, intimidad y honra, están señalados en el artículo 5 del Código y tienen recepción constitucional. En cambio, los contenidos asignados administrativamente al derecho de propiedad no se localizan en la Constitución Política.

## El Derecho Laboral chileno no acoge estos *criterios*.

Las ocasiones en que se receptan tales vocablos (*proporcionalidad, idoneidad, necesidad*), en la ley laboral, no lo están en el sentido o con la extensión de constituir *criterios* de interpretación general ni obligatoria. Sin embargo, en los hechos, se están utilizando como *criterios* de acción hermenéutica; en ocasiones, incluso se les califica de *principios*.

En la ley laboral común, en el Código del trabajo, no encontramos, al menos como entidades, o en el sentido de calidades o cualidades que deban someter al aparato administrativo o al tribunal, del modo y en el grado que se están invocando para sustentar decisiones en dictámenes (también en fallos). No aparecen en la ley ni en su contenido; y no se ve cómo, envolviendo un parámetro igual para medir condiciones desiguales, podría inferirse de ella.

Veamos. En lo que atañe a *proporcionalidad*, en dos preceptos se le refiere: en el conocimiento judicial por denuncia de violación de derechos fundamentales "corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptada y su *proporcionalidad*" (artículo 493), y que, como carga al juez, las medidas cautelares "deberán ser *proporcionales* a la cuantía del juicio" (artículo 444). A veces se aplica, por ejemplo en la gratificación, pero con dirección diversa y alcance específico.

Encontramos referida la *idoneidad* en el curioso artículo 62 bis, que parece sentar la no discriminación remuneratoria entre género<sup>161</sup>. Así, no son consideradas "*arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad*". En lo que atañe a gente de mar, para desempeñarse a bordo debe poseer documentos otorgados de acuerdo a "*normas reglamentarias que permitan calificar los conocimientos e idoneidad profesional del interesado*" (artículo 97).

En lo relativo a la *necesidad*, aparece en al menos veintiún ocasiones, a veces en el mismo artículo, a veces referido a imperativos conductuales de la parte trabajadora o requerimientos, apuros o exigencias operativas de la empleadora; o, procesalmente, refiriendo a requisitos para las partes o liberación de trámites en el procedimiento judicial (artículos 9, 23, 32, 38, 146 y 444, entre otros).

En lo que atañe al adjetivo *necesario* o *necesaria*, aparece en no pocos artículos, pero tampoco las hipótesis que le acogen significan sentar un criterio hermenéutico, general, de validez global, ni menos que implique o pueda implicar un parámetro judicial para resolver temas esenciales.

Dicho camino, aun posiblemente motivado en tutelar derechos, se acerca a procedimientos intelectuales propios del conceptualismo. Aunque insinúan un proceso de valoración o estima comparativa (*proporcionalidad*), no es menos cierto que, en los hechos, encierran o delimitan, en tales datos o variables (o *criterios*), la labor interpretativa, pese a que el Derecho Laboral envuelve y exige mucho más. No se divisa consideración ni respeto por principios laborales; parecen estar a merced o arbitrio de simples *criterios*, como si se tratase de una operación matemática<sup>162</sup>, pero con conceptos.

Aparenta constituir una garantía para el trabajador; sin embargo, los tres datos o variables implican mayor o menor grado de conveniencia empresarial; se divisa el factor de conveniencia, de provecho o utilidad, y para una de las partes.

El ordenamiento es esencialmente jerárquico. Recoge principios, persigue fines, y es animado por valores; unos se ordenan sobre o bajo otros; esta jerarquía, si bien intérpretes oficiales expresan considerarle, es olvidada en sus operaciones.

## ¿Subsumir o ponderar?

Se observa, así, la sustitución de subsunción por ponderación, rebajando -en la fase interpretativa- principios laborales al nivel del derecho de propiedad de la contraparte. Para algunos, sólo las *reglas* serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna.

Sin embargo, no es así. PRIETO precisa que la ponderación no constituye una alternativa a la subsunción, algo así como que "*el juez ha de optar entre un camino u otro*". A su

<sup>161</sup> Pero que, dada las excepciones que la misma ley inserta, permite y legitima la arbitrariedad.

<sup>162</sup> Véase las numerosísimas fórmulas matemáticas que el impulsor de tal corriente utiliza para sostener su tesis, en "La fórmula del peso", incluida en el volumen colectivo *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Miguel Carbonell, editor), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, págs. 13 y ss.

juicio, operan en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. Problema distinto es que, a veces, las normas llamadas a ser ponderadas carezcan o presenten de forma fragmentaria el supuesto de hecho, de modo que decidir que son pertinentes al caso implique un ejercicio de subsunción que pudiéramos llamar valorativa.

Por lo demás, ya antes de ponderar se precisa subsumir, es decir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna. Y después de ponderar aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción. Es así porque la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción.

En definitiva, la ponderación no elimina la subsunción; sí, eventualmente, contribuiría a construir su regla o premisa mayor<sup>163</sup>.

### Los Principios no son limitables o restringibles.

Proceder administrativa o judicialmente al examen de conductas utilizando las calidades o variables mencionadas en el párrafo precedente, o en relación a aquellas o con su enfoque, no está considerado ni en la ley común (excepto en los específicos casos que expresamente señala) ni en la normativa internacional que nos regula. Cuestionable -y no casual- es la importancia que gubernamentalmente se le asigna, obteniendo condicionar, relativizar o hacer transable principios jurídicos que sustentan o asientan el ordenamiento laboral.

Estos parámetros, sugeridos o alentados por el neoconservadurismo jurídico en la aplicación de la ley, incorporados en dictámenes y fallos, cuyo trasfondo son ajustes de política económica dirigidos a desnaturalizar el Derecho Laboral, no son -ni pueden ser- jerárquicamente equivalentes a principios jurícolaborales de principal prioridad. No obstante, se les eleva a esa ubicación al otorgarles el poder de medir o graduar la importancia -y aplicabilidad- de los principios.

Ni la dignidad, ni derechos laborales básicos, ni principios tales como *pro-operario*, primacía de la realidad, u otros, es dable relativizar, rebajar o sujetar a cotejo o comparación con el derecho de propiedad empresarial, ni con sus reiteradamente invocadas facultades de *organizar*, *administrar* y *dirigir* la empresa. Situándole a la par, al nivel del respeto de derechos principalísimos, o de la esfera de libertad y autodeterminación del trabajador, incidiendo, incluso, en comportamientos íntimos; con ello abre la puerta para medidas o invasiones que comprometen la carne y el alma de los trabajadores, pese a que el invocado derecho de propiedad (derecho *real*), suministra poder sobre cosas, no **sobre** personas<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> Luis PRIETO, "El juicio de ponderación constitucional", citado, págs. 103 a 105.

<sup>164</sup> En cuanto a derechos *personales* generados mediante el contrato de trabajo, pues la prestación o servicio pactado por el trabajador no implica -ni puede implicar- entregar carne y/o alma. Ni con las fórmulas contractuales decimonónicas, acogidas en la legislación civil (Código civil), se puede sustentar -o justificar- tal entrega de poderes.



## Capítulo VI

### Interpretación y factor humano

El intérprete es persona de carne y hueso, con una circunstancia, formación, educación, orientación familiar, en fin. El intérprete administrativo, integrando una estructura estatal jerárquica, en su labor recibe instrucciones para la tarea hermenéutica, que entiende como obligatorias. En el específico caso de la Dirección del Trabajo, constituyendo un órgano dependiente del Ministerio del ramo, su titular integra el aparato Ejecutivo, resultando evidente –que no significa justificable– que encarne y aplique las directrices que tal gobierno adopta y procura realizar. Desgraciadamente, en esa faena no es infrecuente desconocer principios laborales. Aquí procede apelar a la ética personal del conjunto de abogados que analiza y prepara los dictámenes, recordando que tienen en sus manos derechos e intereses de trabajadores tales como ellos mismos lo son.

Aunque también le condicionan circunstancias, no es idéntica la situación del sentenciador judicial, del magistrado, del juez. Envolviendo su tarea un esfuerzo mayor, y revelando su ejercicio intensa vocación personal –interés y capacidad–, aconseja que nos explayemos.

Aunque se haya crecido en una orientación diversa, el medio o ambiente profesional es poderoso. Aun con una formación valorativo-ideológica amplia, consideradora del desequilibrio social, hay quienes piensan que no pocos abogados, ya una vez insertos en la dinámica institucional, envolviéndose en ella, asumen, internalizan, aplican y reproducen opciones conservadoras; muy probablemente las acogen no tanto porque estén convencidos de su legitimidad y procedencia, sino porque ello encuadra con su nueva ubicación, situación económicosocial y –especialmente– con sus nuevas relaciones y jerarquía corporativa; entienden –incluso inconscientemente– que deben defender ésta; no la institución, sino la posición hegemónica, predominante o tradicional que dentro de ella actúa. Al poco tiempo, ya muchos se tornan irreconocibles. Pero hay excepciones.

Parece constituir una metamorfosis expandida. Juristas conservadores, de otras épocas y lugares, lo han reconocido. Vigente está la apreciación de RIPERT: "*Cuando menos los juristas son los defensores del orden establecido, no solamente por deber, sino también por convicción de la belleza de este orden. Por la clase social a la que pertenecen, por su educación, por su lugar en una jerarquía, son, en su mayoría, cualesquiera que sean sus opiniones políticas, conservadores y aun admiradores de lo que existe. Tienen la tradición de los legistas encargados de fortificar las órdenes de la autoridad real con una argumentación doctrinal...*"<sup>165</sup>.

#### 1. Considerar circunstancias, conocer preconceptos.

Sentenciar no es tarea fácil. Implica más que sopesar y equilibrar pretensiones contradictorias de prioridad. Nadie es completamente neutro, completamente imparcial, completamente objetivo. Influyen la circunstancia o entorno, la formación, los vínculos, entre muchos. Siempre estamos en alguna creencia con respecto a las cosas que integran nuestra circunstancia<sup>166</sup>.

Todos integramos relaciones profesionales, culturales, sociales y económicas; más aun, legítimamente podemos sentirnos parte de un sector social; y ello significa cercanía a determinados grupos (y a sus intereses), inserción en determinadas costumbres y modos de ver la vida, adhesión a determinados valores. Portadores de una estructura valorativa, albergamos predisposición cultural y conductual.

Ya observó JIMENEZ DE ASÚA que quien se vincula o relaciona no puede ser neutral. Cada uno refleja su circunstancia; ésta condiciona; sin embargo, no nos determina.

Toda comprensión, por ser también interpretación lingüística, lleva consigo ciertos prejuicios. La discusión radica particularmente en sus grados, en cuanto a su rol y al poder de transformación de precomprensiones. Es cierto que los prejuicios de la tradición y sus experiencias acumuladas condicionan fuertemente la manera en que interpretaremos acontecimientos y experiencias pasadas, contemporáneas o futuras; también es verdad que la acción recíproca que se da entre la tradición de las interpretaciones con las anticipaciones de interpretación que llevamos con nosotros, es un círculo que nunca se cierra, un movimiento interminable.

<sup>165</sup> Georges RIPERT, *El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*, traducción de José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr, Puebla, 1951, págs. 15 y 17.

<sup>166</sup> Reconocido incluso por ORTEGA y GASSET; véase *En torno a Galileo*, 2ª edición, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1959, pág. 30.

Si el sentenciador, el juez o la jueza, han sido formados asumiendo preconceptos civilistas, es muy probable que sentencie como civilista. Si, además, consideramos lo que observó RIPERT<sup>167</sup>, el panorama resulta complejo.

No obstante, aunque la claridad nunca sea total, una actitud de apertura permite que gradualmente vayamos tomando conciencia de la estructura de prejuicios que nos guían. Pese a que la tarea sea infinita, podemos ver los intereses que nos encauzan; mediante la reflexión sobre nuestra propia comprensión podemos localizar nuevos elementos y reajustar prejuicios, realizando –o actualizando– una nueva comprensión. Sobre el poder de transformación de precomprensiones, incluso GADAMER reconoce que los prejuicios son susceptibles de crítica y de revisión, teniendo aquí –se señala– una diferencia de grados con HABERMAS, en el cual la crítica de los prejuicios es mayor<sup>168</sup>.

Puede el juez –y en general todo intérprete– reconocerse a sí mismo, localizar sus prejuicios<sup>169</sup>, tener conciencia de ellos.

## 2. Conciencia versus opción conservadora.

El contenido y orientación tanto del dictamen administrativo como de la sentencia judicial poseen más efectos de los comúnmente considerados.

Al relativizar o atenuar la importancia de principios esenciales, que por ser tales no pueden ser transados o rebajados, se favorece intereses y enfoques de una de las partes: la propietaria empresarial.

Al ignorar o soslayar principios laborales, que son razón esencial de la rama, aun sin querer, se refuerza una determinada concepción; así, se participa de una opción conservadora, adhiriendo –y defendiendo– determinados valores, en este caso los del grupo dominante<sup>170</sup>.

Reconocer el estar *condicionado* no significa permitir ser *determinado*. Y este no permitir implica tener en cuenta que la actividad administrativa o la judicial sentenciadora (en su evaluación normativa de conductas y su consecuente resolución), pueden no quedar *determinadas* por la "*precomprensión*", o convencimiento previo del intérprete.

De no considerar y controlar tal convencimiento *previo*, quiérase o no, se refuerza la hegemonía intelectual y cultural, se afianza el predominio, se fortalece una ideología que no es ni puede ser neutra. Deseándolo o no, funcionarios y tribunales aplican o hacen realidad esa ideología, colaborando al predominio de concepciones **no** jurídicas favorables a la parte de la relación contractual ya beneficiada; paradójicamente respecto de la cual el Derecho Laboral pretende nivelar a la parte trabajadora.

## 3. Independencia judicial, autodeterminación del juez, dignidad.

Para RIVACOBÁ, la independencia judicial presenta dos sentidos o manifestaciones: una, de naturaleza política, es decir, independencia de los demás poderes del Estado; y otra, de naturaleza funcional, o sea, independencia del órgano judicial, cualquiera que sea su composición o su categoría y dentro de las materias que le competen, respecto a los restantes órganos del propio poder. Una cosa es que el juez decida sin sufrir injerencias ni presiones de autoridades o funcionarios del legislativo o de la administración, y otra, muy distinta, que obre sin coerción o temor de sus compañeros o superiores.

Expresa que, comúnmente, "*... los peligros para tal independencia provenientes de los otros poderes, más que de abierta oposición e injerencia en el ejercicio de sus atribuciones, revisten la forma de presiones subrepticias, no por disimuladas u ocultas menos temibles; al contrario, son tanto más de temer, cuanto el primero dependa de los segundos para la selección y la promoción de los jueces, la asignación de sus recursos económicos y el auxilio que deba el ejecutivo prestarle en su funcionamiento y en la ejecución de sus resoluciones*".

Más adelante agrega: "[...] *esta independencia se eleva a lo que no vacilamos en llamar su significado y valor ético; [...], porque, obrando independientemente, sus miembros no están constreñidos ni reciben dictados, no son instrumentos ni amanuenses, son libres en su entendimiento y aplicación del Derecho, o sea, se autodeterminan en ella, y en eso, en el auto determinarse, consiste la esencia de lo humano y la dignidad del hombre*"<sup>171</sup>.

<sup>167</sup> Véase la nota 165.

<sup>168</sup> La opinión es de Matías CAMPOS, *El debate Habermas-Gadamer. Hermenéutica y crítica de la ideología*.

<sup>169</sup> Entendidos como precomprensión, ya aludida. Incluso GADAMER anota que "*...hay que exigir una conciencia de la precomprensión que siempre está en juego si es que quiere tomarse en serio la «cientificidad»*". Hans-Georg GADAMER, *En Verdad y Método*, I, volumen II, Fundamentos de una hermenéutica filosófica (Hermenéutica e Historicismo), traducción de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, 5ª edición, Ediciones Sígueme, Salamanca. 1993.

<sup>170</sup> Descripción de Antonio WOLKMER, *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, citado, págs. 45 y ss.

<sup>171</sup> En *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, citado, págs. 20 (260) y 30 (270).

La tarea del juez es principalísima: poner límites a potestades privadas que, de otro modo, serían absolutas; practicar la tutela judicial de derechos fundamentales ofendidos por aquéllas<sup>172</sup>.

La función judicial puede ser autónoma respecto del régimen políticoeconómico. Aun viviendo en tal circunstancia, la evaluación de cada caso, y la resolución judicial, pueden y deben guiarse y determinarse por el Derecho del Trabajo y no por aquéllas.

Se le pide aplicar el Derecho de sus variadas fuentes, reconociendo jerarquías y primacías normativas; más cuando en el Derecho Laboral se encuentra un formidable elenco normativo, con nítidos principios y axiológicamente coherente en su cúspide jerárquica.

La función, aun condicionada no está determinada; puede conducirse independientemente. COUTURE fue preciso: *"El problema de la independencia es un problema político, porque sólo cuando el juez es independiente sirve a la justicia por sí misma. Cuando no es independiente podrá, eventualmente, servir a la justicia, pero entonces la sirve por algo que no pertenece a la justicia misma (temor, interés, amor propio, gratitud, honores, publicidad, etc.)"*<sup>173</sup>.

*"El juez es una partícula de sustancia humana que vive y se mueve dentro del Derecho, y si esta partícula de sustancia humana tiene dignidad, el derecho tendrá dignidad y jerarquía espiritual. Pero si el juez, como hombre [o mujer] cede ante sus debilidades, el Derecho cederá en su última y definitiva revelación"*<sup>174</sup>.

*"El oficio del juez, recordémoslo, es en verdad más que humano. El carácter del hombre, su angustia y su tragedia, es, su limitación, o en otras palabras, su parcialidad [...]. Cuando se habla de la imparcialidad del juez, se dice algo que, si bien se piensa, es imposible de lograr. El juez es un hombre como los demás, con su familia, sus afectos, sus asuntos, sus necesidades, sus simpatías, sus antipatías. Todo ello, hasta cierto punto, tiene él que saber superar, y de todo ello tiene él que saber apartarse para cumplir con su deber"*<sup>175 176</sup>.

<sup>172</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, citado, pág. 935.

<sup>173</sup> Eduardo COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1948, pág. 88.

<sup>174</sup> Eduardo COUTURE, *Introducción al Estudio del Proceso Civil*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1953, pág. 75.

<sup>175</sup> Francesco CARNELUTTI, *Cómo se hace un proceso*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Edeval, Valparaíso, 1979, pág. 165.

<sup>176</sup> Existen, por cierto, otros obstáculos o dificultades. Anotemos que no parece estar examinándose debidamente el poder de condicionamiento en o sobre decisiones y resoluciones judiciales de fondo, originado por programas computacionales de uso obligatorio en tribunales; hoy, en no escasas situaciones, encauzan el tipo y contenido de resoluciones judiciales.