



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

**PRESUPUESTOS PARA UNA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL
DERECHO DEL TRABAJO EN UNA TEORÍA SOCIAL Y SISTÉMICA DEL
DERECHO Y DEL TRABAJO**

**PROYECTO DE MEMORIA
PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.**

INTEGRANTES:

**ANA CRISTINA CÁMPORA GUAJARDO
LAURA CAROLINA MEZA ALVARADO
SERGIO ANTONIO BRUSTAVO MARTÍNEZ**

PROFESOR GUÍA: RICARDO JURI SABAG.

SANTIAGO, CHILE.

2009.

TABLA DE CONTENIDO

PORTADA	
TABLA DE CONTENIDO	II
RESUMEN	XII
INTRODUCCIÓN	1
<u>PRIMERA PARTE. PRESUPUESTOS SISTÉMICOS</u>	5
CAPÍTULO I.	
EL DERECHO DEL TRABAJO EN CRISIS: LA COMPLEJIDAD	6
1. La crisis de la sociedad moderna.	6
2. La crisis del Derecho.	9
3. La crisis del Trabajo y su Derecho en la sociedad postmoderna.	11
4. El fenómeno de la complejidad.	14
4.1. La complejidad en el Trabajo y en el Derecho del Trabajo.	17
5. Una salida desde el Sistema: la concepción jurisprudencial del Derecho del Trabajo	20
CAPÍTULO II.	
REPLANTEAMIENTO: UNA TEORÍA SOCIAL Y SISTÉMICA DEL DERECHO Y DEL TRABAJO.	24
1. Realidad y Conocimiento: Cambio de paradigma.	24
1.1. La utilidad del cambio de paradigma cognoscitivo.	26
2. Elementos de una Teoría General de los Sistemas.	27
2.1. Unidad Sistema/Entorno	27
2.2. Los Sistemas.	28
2.3. El entorno.	29
2.4. La diferenciación sistémica.	29
2.5. La autopoiesis.	30
	II

2.6. La clausura operativa, los acoplamientos estructurales y la autoirritación.	32
2.7. La complejidad.	33
2.8. La contingencia.	34
2.9. El sentido.	35
3. La Sociedad como sistema social autopoietico.	36
3.1. La operación propia de los sistemas sociales: la Comunicación.	39
3.2. La autorreferencia de los sistemas sociales: Trabajo y Derecho.	41
4. Breves consideraciones a las concepciones clásicas del Trabajo desde las Ciencias Sociales.	42
4.1. Concepción Económica.	43
4.2. Concepción Histórica.	45
4.2.1. Visión Liberal Clásica.	46
4.2.2. Visión Revolucionaria Clásica.	47
4.2.3. La Doctrina Social de la Iglesia.	48
4.3. Concepción Jurídica.	49
4.4. Concepción Psicológica.	51
4.5. Concepción Sociológica como sistema de relaciones industriales.	52
5. Teoría Social y Sistémica del Trabajo	54
5.1. Necesidad de replantear el entendimiento del Trabajo.	54
5.2. Unidad sistema/entorno laboral.	57
5.3. La complejidad en el Trabajo.	58
5.4. La diferenciación sistémica del Trabajo.	62
5.5. La autopoiesis del Trabajo: comunicación con sentido específico.	63
5.6. La creación de sentido en el Trabajo.	67
6. Breves consideraciones a las visiones clásicas (analíticas) del sistema jurídico.	68
6.1. Los conceptos de Derecho y sistema jurídico.	69
6.1.1. Del Derecho.	70
6.1.2. Concepciones clásicas analíticas del sistema jurídico.	72
6.1.2.1. Sistema jurídico en sentido estático.	73
6.1.2.2. Sistema jurídico en sentido dinámico.	73
7. Teoría Social y Sistémica del Derecho.	75
7.1. Inicios.	75

7.2. Posición de salida respecto de la teoría del Derecho.	76
7.2.1. Constitución y aseguramiento del objeto de estudio.	77
7.2.2. La diferenciación sistémica del Derecho.	78
7.2.2.1. Necesidad de superar la concepción clásica analítica.	79
7.2.2.2. Unidad sistema/entorno de Derecho.	80
7.2.2.3. El Derecho como sistema autopoietico.	80
7.3. La clausura de operación del sistema de Derecho.	81
7.3.1. Operación propia del sistema: comunicación jurídica.	81
7.3.2. Apertura cognitiva y aprendizaje del Derecho.	84
7.4. La función del Derecho.	86
7.4.1. Generalización.	86
7.4.2. Nuevo concepto de norma: concepto funcional.	86
7.4.3. Estabilización.	87
7.5. Codificación y Programación.	89
7.6. La justicia como fórmula de contingencia.	90

CAPÍTULO III.

DERECHO DEL TRABAJO 92

1. El Derecho del Trabajo como evolución del sistema de Derecho.	91
1.1. Diferenciación hacia la especialidad laboral como reducción de complejidad.	91
1.1.1. Diferenciación del objeto.	94
1.2. Autonomía de la disciplina como evolución.	95
2. Las funciones del Derecho del Trabajo.	100
2.1. Relaciones entre el Derecho, el Trabajo y los demás sistemas sociales.	101
2.1.1. El Trabajo y el Derecho en un esquema de niveles.	101
2.1.2. Los acoplamientos estructurales del Derecho y del Trabajo.	104
2.2. Crítica a la concepción sistémica: incapacidad para orientar la praxis jurídica.	106
2.2.1. Orientación contextual.	108
2.2.2. Política de opciones.	110
2.3. Funciones del Derecho del Trabajo.	111
2.3.1. Función Tuitiva.	112

2.3.2. Función Política.	118
2.3.3. Función Económica.	120
2.4. Las funciones del Derecho del Trabajo en clave sistémica:	
Coordinación social no instructiva.	123
2.4.1. La función tuitiva como umbral de diferenciación.	123
2.4.1.1. Funciones como órdenes emergentes de interacción.	124
2.4.2. Coordinación social no instructiva.	128

SEGUNDA PARTE.

EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN EN MATERIA LABORAL. ÓRGANO, PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA.

130

CAPÍTULO IV.

EL ÓRGANO: ANÁLISIS FORMAL (ESTRUCTURAL) A LA JUDICATURA DEL TRABAJO

131

1. Subsistemas jurídico-laborales como producto de la diferenciación funcional.	131
1.1. El Derecho diferenciado internamente.	132
1.1.1. Juez laboral, procedimiento laboral y sentencia laboral.	133
1.2. Posición del órgano jurisdiccional-subsistema en el Derecho.	133
1.2.1. Distinción entre competencia legislativa y competencia judicial.	134
1.2.1.1. Modelo de jerarquía: comprensión retrasada.	134
1.2.1.2. La necesidad de decidir.	135
1.2.1.3. Consecuencias de la necesidad de decisión.	137
1.2.2. Diferenciación centro-periferia: el órgano jurisdiccional como centro.	138
1.2.2.1. Particularidades del esquema de diferenciación centro-periferia.	140
a) El consenso social pertenece a la periferia.	140
b) Inexistencia de diferencia de rango o jerarquía.	140
c) Ordenamiento interno de la forma de diferenciación centro-periferia.	141
1.3. Clausura operacional: interpretación para la consistencia del sistema de Derecho.	141

1.4. Ausencia de determinaciones sociales en la decisión. Correctivos:	
Organización y Profesionalización.	142
1.4.1. Organización.	143
1.4.2. Profesionalización de la competencia jurídica.	144
2. Análisis del circuito judicial laboral.	144
2.1. Generalidades. Diferenciación.	144
2.2. El circuito judicial en general.	145
2.3. El circuito judicial laboral en general.	146
2.4. Modificaciones legales a la Judicatura del Trabajo.	148
2.4.1. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.022 a la Judicatura del Trabajo.	149
2.4.1.1. Juzgados de Letras del Trabajo.	149
2.4.1.2. Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.	150
2.4.2. Modificaciones que incluía el Proyecto presentado por el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional relativas a la Segunda Instancia.	152
2.4.2.1. Recurso de apelación.	152
2.4.2.2. Judicatura superior especializada.	153
2.5. Experiencia española: La Jurisdicción del orden social.	154
2.5.1. Orígenes y Evolución.	154
2.5.2. Organización y competencia de los órganos jurisdiccionales laborales.	156
2.5.2.1. Juzgados de lo Social.	156
2.5.2.2. Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.	157
2.5.2.3. Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.	158
2.5.2.4. Sala IV, de lo Social, del Tribunal Supremo.	159
3. Formación en la Judicatura Laboral.	159
3.1. Especialidad del órgano jurisdiccional: proceso diferenciado en la formación.	159
3.2. Breve revisión evolutiva del acceso a la Judicatura en general.	160
3.3. Formación de un juez.	162
3.3.1. Debates previos.	162
3.3.2. Formación y Capacitación: Modelos de Enseñanza.	163
3.3.2.1. Modelo formativo de la Adaptación.	163

3.3.2.2. Modelo formativo del Cambio.	164
3.3.2.3. Modelo formativo Gerencial.	165
3.3.2.4. Modelo formativo y responsabilidad.	166
3.4. Instancias Formales de Formación de un juez del Trabajo.	167
3.4.1. Formación en la Universidad.	167
3.4.1.1. El Rol de la Doctrina Laboralista.	168
3.4.1.1.1. Doctrina Jurídica en general.	168
3.4.1.1.2. Doctrina Laboral. Profesor de Derecho del Trabajo	170
3.4.2. Formación en la Academia Judicial.	172
3.4.2.1. Objetivos Generales en la Formación.	173
3.4.2.2. Justificación de una especial formación en materia laboral.	174
3.4.2.3. Formación de un Juez del Trabajo en la Academia.	175

CAPÍTULO V.

PROCEDIMIENTO. POTESTADES INSTRUMENTALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

1. Los Procedimientos como legitimación de la legalidad.	178
1.1. La incertidumbre en el desenlace: elemento fundamental del procedimiento.	179
1.1.1. El procedimiento fallido: consecuencia de la pérdida de incertidumbre.	180
2. Procedimiento laboral como subsistema del Derecho del Trabajo.	182
2.1. Especialidad en el procedimiento laboral.	182
3. Procedimiento como presupuesto del ejercicio de la Jurisdicción.	184
3.1. Momentos jurisdiccionales en el procedimiento laboral.	185
3.2. Potestades normativas instrumentales: especialización en el procedimiento laboral.	186
4. Potestades del juez del Trabajo en una concepción publicista del proceso.	187
4.1. El rol activo del juez del Trabajo.	188
4.2. Potestades del juez del Trabajo, como poder-deber del juez.	191
4.3. Principales manifestaciones de las potestades normativas instrumentales del juez del Trabajo.	192
4.3.1. Actividad probatoria de oficio.	193

4.3.1.1. Poderes probatorios del juez en atención a sujetos procesales débiles.	194
4.3.1.1.1. Necesidad de límites a la actividad probatoria de oficio.	195
4.3.1.1.2. Prueba indiciaria: aumentada diferenciación funcional a la tutela de sujetos procesales débiles.	196
4.3.1.2. Potestades oficiosas en la prueba. Peculiaridades en el procedimiento laboral.	198
4.3.2. El poder general de cautela.	200
4.3.2.1. Peculiaridad del poder de cautela en el procedimiento laboral.	201
4.3.3. La proscripción del abuso procesal.	203
4.3.4. Los medios compulsorios y los poderes de ejecución respecto de las decisiones judiciales.	205
5. El Recurso de Unificación de Jurisprudencia como expresión de una particularísima observación de segundo orden.	207
5.1. La diferenciación funcional del recurso.	207
5.2. El recurso en experiencias comparadas.	208
5.3. La sala especializada: diferenciación del órgano competente.	210
6. Mantenición de la incertidumbre en el procedimiento laboral.	211
6.1. Rol del órgano jurisdiccional laboral en la mantención de la incertidumbre, con relación a la existencia de sujetos procesales débiles.	212
6.2. Rol del abogado en la mantención de la incertidumbre en el procedimiento laboral.	214
6.2.1. Necesidad de idoneidad en la defensa para el cumplimiento de la función.	215
6.2.1.1. Diferencia de planos entre las partes manifestada en la defensa.	215
6.2.2. Opción del sistema con relación a la defensa de la parte trabajadora.	216
6.2.3. Distorsiones a la incertidumbre, con relación al ejercicio de la defensa laboral.	217
6.3. Readecuación en el ejercicio de funciones, de jueces y abogados.	219

CAPÍTULO VI.

LA SENTENCIA: EL JUEZ DEL TRABAJO Y LA SENTENCIA LABORAL EN EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD JURISDICCIONAL CON SENTIDO DE CONSTRUCCIÓN SOCIAL. 221

1. Perspectiva de la investigación: observación de segundo orden para la Justicia Laboral.	221
2. El razonamiento jurídico.	222
2.1. Modos de creación de normas jurídicas.	223
2.1.1. Las potestades normativas estatales.	224
3. La potestad jurisdiccional.	225
3.1. Situación de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Chile.	226
3.1.1. Codificación.	226
3.1.2. Separación de poderes.	227
3.1.3. Common law.	227
3.1.4. Falta de una teoría del precedente.	227
3.2. La creación normativa en un sistema democrático y pluralista: la distribución funcional de competencias.	229
4. Utilidad de la revalorización de la actividad jurisprudencial para el Derecho Laboral: la deslegitimación social y desdiferenciación funcional del Derecho del Trabajo.	230
4.1. Deslegitimación social del Derecho del Trabajo: defraudación de expectativas funcionales.	231
4.2. Desdiferenciación funcional del Derecho del Trabajo.	232
4.3. Acercamiento a la importancia de la actividad jurisprudente en materia laboral.	233
4.4. La concepción de la certeza jurídica en el mundo postmoderno.	233
4.4.1. El Trabajo como ejemplo del desborde del concepto clásico de certeza jurídica en una sociedad pluralista y democrática.	234
4.4.2. El concepto de sociedad holística en el mundo del Trabajo.	237
4.4.3. La certeza jurídico-laboral redimensionada: la sentencia laboral.	238
5. La actividad jurisprudente como mecanismo micro-social de macro-desarrollos en el sistema de relaciones laborales.	241
5.1. El aprendizaje social.	245
5.2. El conflicto superlativo cultural de los sistemas sociales.	246

5.3. El problema de la reflexividad como (con) causa de las diversas crisis en la sociedad postmoderna.	247
5.3.1. Objetivismo científico.	248
5.3.2. Racionalismo.	249
5.3.2.1. Consecuencia perniciosa del racionalismo: Desconexión entre ciencias y mundo de la vida.	249
5.3.2.2. La desconexión del plano teórico al práctico: desconexión entre estructuras sociales y mundo de la vida.	250
5.3.2.2.1. Desconexión entre Trabajo como tecnoestructura y mundo de la vida.	251
5.3.2.2.1.1. Deslegitimación social y desdiferenciación funcional del sistema de relaciones laborales.	252
5.3.2.2.2. Descoordinación y búsqueda de coordinación: el Derecho.	253
5.3.2.2.2.1. El Derecho Laboral como coordinación.	254
5.3.2.2.3. Desconexión entre Derecho como tecnoestructura y mundo de la vida.	255
6. Posición estratégica de los Tribunales del Trabajo para resolver los problemas planteados de: reflexividad, desconexión de sentido y aprendizajes sociales desviados.	257
6.1. La sentencia laboral como acción estratégica.	257
6.1.1. La sentencia laboral como reflexividad ante la racionalidad funcional de los sistemas.	257
6.1.2. La sentencia laboral como parte del orden narrativo del Trabajo ante problemas de desconexión de sentido y aprendizaje social.	260
6.1.3. Dualidad comunicativa en el ejercicio de la jurisdicción laboral.	262
6.1.3.1. El uso de la sentencia laboral como medio de comunicación simbólicamente generalizado.	264
6.1.3.2. El papel de la argumentación.	266
6.1.3.3. Independencia interna y unidad de las decisiones judiciales.	268
6.1.4. Creación social de sentido por la sentencia laboral.	269
6.1.4.1. Aprendizaje y evolución social a través de la sentencia laboral.	270

6.1.5. Evolución I.	272
6.2.Situación de la cultura laboral en nuestro país: la semántica del Trabajo en Chile	273
6.2.1. Historia nacional de las relaciones laborales.	274
6.2.2. Actualidad nacional de las relaciones laborales.	276
6.2.3. Desvanecimiento actual de conceptos laborales en el ámbito nacional y su significación socio-cultural.	278
6.2.4. Resultado cultural: bloqueo evolutivo de los conceptos laborales.	279
6.2.5. La evolución retrasada de la cultura laboral explicada por el contexto histórico particular de Chile.	280
6.2.5.1. La transición democrática.	280
6.2.5.2. Diseño inicial.	281
6.2.5.3. Gradualismo.	282
6.2.5.4. Diseño final.	283
6.2.6. Evolución II.	285
7. La responsabilidad social del Juez del Trabajo.	286
CONCLUSIONES	289
BIBLIOGRAFÍA	

RESUMEN

Esta investigación plantea una revisión metodológica al estudio de los fenómenos sociales envueltos en el Derecho del Trabajo, con especial referencia a tres características prevalentes en la postmodernidad y sus crisis: la complejidad, la legitimación por procedimientos y la racionalidad funcional. Se intenta mostrar la relación entre procesos micro-sociales como las comunicaciones y los órdenes macro-sociales como Derecho y Trabajo. Para ello se utiliza una teoría sistémica de sistemas sociales, de base sociológica y adjudicatoria, en que Derecho y Trabajo son vistos como órdenes emergentes de comunicación diferenciada que coexisten con multiplicidad de otros sistemas. El Derecho, el Trabajo y demás sistemas sociales se otorgan prestaciones recíprocas como variabilidad que permite su reproducción, aprendizaje y evolución. Pero es al Derecho al que le toca generalizar y estabilizar expectativas normativas en medio de una complejidad hostil. Como resultado de este estudio reconocemos que existe sólo un sector del Derecho del Trabajo capaz de mantener la coherencia de un sistema pluralista muy diferenciado creando sentido y al mismo tiempo posibilitando su evolución: los Tribunales del Trabajo a través del ejercicio de la jurisdicción.

La presente investigación se estructura en dos partes de tres capítulos cada una:

La Primera Parte: Presupuestos Sistémicos, contempla las siguientes materias: el Capítulo I, *“El Derecho del Trabajo en crisis: la complejidad”*, hace una revisión de la crisis que vive el Derecho Laboral entendiéndola como una extensión de la crisis que vive la sociedad postmoderna y el Derecho en general, y coloca el fenómeno de la complejidad como hipótesis primera de las distintas crisis.

El Capítulo II, *“Replanteamiento: una teoría social y sistémica del Trabajo y del Derecho”*, explica las ideas matrices de la Teoría General de los Sistemas Sociales y en primer lugar su aplicación al Trabajo y la forma en que las distintas visiones que se tiene del concepto de trabajo en diversas áreas de las humanidades se logran fusionar en ella a través de un nuevo entendimiento. Se desarrolla además una teoría sistémica del Derecho, que surge desde la necesidad de superar la vieja concepción puramente analítica del sistema jurídico y

complementarla con una verdadera teoría de origen social que permita explicar la integración de la normativa y las áreas normadas.

En el Capítulo III, “*Derecho del Trabajo*”, se demuestra como esta rama del Derecho ilustra correctamente la evolución del sistema, y como se relacionan en ella las múltiples referencias de los demás sistemas sociales a través de lo que se denomina “las funciones del Derecho del Trabajo”. Asimismo, se hace hincapié en que las prestaciones sistémicas que confluyen en el ámbito laboral deben ser entendidas como órdenes emergentes de interacción en busca de coordinación para una complejidad sistémica.

La segunda parte del trabajo se denomina: Ejercicio de la jurisdicción en materia laboral. Órgano, procedimiento y sentencia, y está compuesta por los capítulos IV, V y VI. Como la figura del tribunal del Trabajo es preponderante para esta investigación el Capítulo IV: “*El órgano*”, se refiere al órgano adjudicador. En él realizamos un “*Análisis formal (estructural) de la Judicatura del Trabajo*”. En especial este capítulo se dedica al proceso de formación de los tribunales del Trabajo, así como al papel que le cabe a la Universidad y doctrina laboralista en ello.

Los capítulos V y VI estudian la potestad jurisdiccional laboral. El juez del Trabajo es un órgano dotado de jurisdicción. La jurisdicción le otorga un poder público decisorio cuya máxima expresión es la sentencia. Esta es la potestad jurisdiccional normativa en sentido estricto y material, y de ella trata el Capítulo VI: “*La sentencia. El juez del trabajo y la sentencia laboral en el ejercicio de una potestad jurisdiccional con sentido de construcción social*”. Este capítulo aborda a la sentencia como parte del orden narrativo del sistema de relaciones laborales y como acción estratégica para fomentar el aprendizaje y evolución social.

Pero además el juez del trabajo se encuentra dotado de potestades normativas instrumentales, que serán aquellas destinadas a obtener el acto de juicio de autoridad que es la sentencia. El Capítulo V: “*El procedimiento. Potestades instrumentales en el Derecho del Trabajo*”, las analiza como una forma de obtener una legitimación social por procedimientos en base a la confianza en la incertidumbre.

INTRODUCCIÓN

Hace mucho tiempo NIETZCHE señaló: “La humanidad debe ponerse a sí misma metas universales que abarquen todo el planeta... Si la humanidad no ha de destruirse a sí misma debido a la posesión de tales metas universales, debe antes que nada alcanzar un conocimiento sin precedentes respecto de las **condiciones básicas generadoras de la cultura**, como una guía científica para las metas universales. En esto radica el increíble desafío que enfrentarán los grandes espíritus el siglo venidero”.¹

En el actual contexto postmoderno observamos la existencia de profundas crisis sociales en distintas áreas. Entre las áreas más afectadas encontramos: el Trabajo, la Educación, la Familia, la Política, la Salud, el Medio Ambiente, etc. El Derecho, como herramienta de control social, se muestra incapaz de ayudar a corregir estas crisis de una manera convincente. Nuestra investigación estará centrada en las relaciones entre Derecho y Trabajo, aunque las referencias ilustrativas generales a las otras áreas sean frecuentes.

Ahora, tanto Derecho como Trabajo constituyen constructos humanos desarrollados a través de un proceso histórico. Este proceso implica aprendizaje y evolución a nivel de éstos y los demás sistemas socio-culturales. Es así como nuestras realidades locales e internacionales (globales, si se quiere) han tomado, en su gran mayoría, la configuración de Estados democráticos. Dicha democracia implica aceptación de un pluralismo de opciones de mundo, es decir, de una variedad de posibilidades de ser o no ser.

Luego de transcurridos casi veinte años desde el retorno a la democracia, es tiempo de que nuestro país haga una revisión de aspectos centrales en el desarrollo de su comunidad, tales como la calidad de la realidad laboral, educación, la integración de los géneros, la participación

¹ NIETZCHE, F. Humano, demasiado humano. Buenos Aires, Gradifco, 2004. p36.

política, el acceso a la justicia, etc., y se pregunte si se han dado conforme a lo que esperábamos y a lo que somos capaces.

La disposición de variedad y variabilidad es presupuesto del aprendizaje y evolución social. Por eso es que nuestras modernas sociedades son ubérrimas en opciones de cambio, sin embargo, un exceso de posibilidades genera problemas. La doctrina ha acuñado el término “complejidad” para describir la dificultad de auscultar órdenes humanos divergentes en un panorama como el actual, entendiéndola como un aumento ingente de posibilidades y/o relaciones fácticas y teóricas. El Trabajo moderno con su variedad de desarrollos es un área social donde se grafica claramente el fenómeno de la complejidad.

El arquetipo del Derecho es la legislación, por eso ante la complejidad social el sistema jurídico genera variedad legislativa. Una de estas formas de variedad la constituye el Derecho del Trabajo. Sin embargo, nos preguntamos si acaso es factible o conveniente que el Derecho continúe amparándose principalmente en la técnica legislativa para cumplir su función como herramienta de orden social. Si el Derecho no puede resolver los problemas que la complejidad le genera, es porque en algún punto su funcionamiento es defectuoso: la ley está sobrepasada. Por su parte, los tribunales como operadores jurídicos son constantemente criticados por la ciudadanía la cual no ve cumplidas sus expectativas de justicia.

Ahora bien, el Derecho del Trabajo no queda fuera de la crisis, más aún, se muestra como quehacer especialmente receptivo a las fluctuaciones sociales y constituye un buen ejemplo de la falta de coordinación social y de problemas de cultura estructurales en nuestro país. Los problemas de las relaciones laborales no son más que una especificación de la crisis social general. Por su parte, las dificultades del Derecho del Trabajo en distintos ámbitos lo son de la crisis general del Derecho.

La jurisdicción, presentada acá como centro gravitacional del sistema jurídico, es vista como un producto de lo humano y como tal surge en el lenguaje quedando sometida a las dinámicas de aprendizaje y evolución propias de la sociedad. Sin embargo, la jurisdicción como actividad científica presenta diferenciaciones particulares y está sometida a mecanismos reforzados de legitimación intelectual, todo lo cual implica una obligación reflexiva por parte de los tribunales.

Los Presupuestos para una concepción jurisprudencial del Derecho del Trabajo, tienen por objeto entregar una mirada más abarcadora acerca del Derecho y del Trabajo, la cual permita una mejor forma de enfrentar la crisis de la cultura laboral producto de la hipercomplejidad en el mundo del Trabajo y la falta de eficacia legislativa. A esta investigación le subyace una teoría adjudicatoria del Derecho, la cual otorga a la actividad jurisprudente un rol esencial en el entramado del sistema jurídico. No se trata de retornar a discusiones dogmáticas relativas a las “fuentes” del Derecho, sino de estudiar el papel que le toca cumplir a cada segmento del sistema social de Derecho, en este caso: la función de los tribunales del Trabajo dentro del sistema jurídico laboral, del sistema jurídico general y del sistema social. La distribución funcional de competencias es una idea que recorre todo este trabajo, su raíz se encuentra en la base de una teoría sistémica de la sociedad, es decir, una teoría que concibe el Derecho y el Trabajo como realidades fragmentarias cuyo origen es la sociedad.

Buscamos una forma de conocimiento que nos permita entender la diversidad de relaciones actuales como un rendimiento propio de la sociedad. Esa forma es la teoría sistémica (o cibernética) de los sistemas sociales. La teoría sistémica tiene como su piedra angular a la comunicación. Es a través de la comunicación que surgen y se desarrollan los sistemas sociales como el Derecho y el Trabajo. Por eso optamos por esta teoría, para tratar de realizar un aporte en el intento de actualizar la comprensión del Derecho y del Trabajo, pues creemos que lo esencial para las ciencias sociales, y para el Derecho en particular, es el adecuado entendimiento de los procesos de aprendizaje tanto a nivel individual como colectivo.

Una Teoría social y sistémica nos permite visualizar la morfogénesis del Trabajo y del Derecho como una cuestión de aprendizaje socio-cultural. Como metodología el uso de una teoría sistémica se justifica sobradamente: la teoría sistémica no analiza la sociedad (ni ningún otro sistema dentro de ella), sólo se limita a la descripción de lo que es un sistema, asumiendo la responsabilidad posterior de probar sus aciertos y flaquezas en la práctica. En efecto, esta teoría social es un instrumento de reflexión de la misma sociedad y en cuanto toda comunicación que se produzca ocurrirá dentro de la sociedad, se logra su autoobservación o autorreferencia. El hecho de colocar a la comunicación como operación generadora permite la descomposición de

los fenómenos sociales hasta sus propiedades constitutivas, para luego volver a reconstruirlos y explicar su configuración superando la barrera de las motivaciones psicológicas.

Por otra parte, la descoordinación entre sistemas aparece como resultado del fenómeno de la complejidad y de un desarrollo desviado de la racionalidad (racionalidad funcional) sumado a las características de clausura operativa y apertura cognitiva que presentan los sistemas sociales. El concepto de complejidad es un producto de la Teoría de los Sistemas. Esta teoría plantea que los sistemas aquejados por realidades complejas son capaces de manejar la complejidad por ellos mismos creada, a través de procesos de reducción: en el sistema de Derecho del Trabajo el último estadio para reducir complejidad son los tribunales a través del ejercicio de la jurisdicción.

Nuestra hipótesis investigativa es que existe una relación entre los desarrollos macro-sociales (socio-culturales) y las conductas micro-sociales (comunicaciones diferenciadas), en particular, entre el Trabajo como uno de esos sistemas sociales extrajurídicos y la actividad jurisdiccional. Planteamos que las crisis sociales son problemas de intereses divergentes entre sistemas o áreas sociales que se desarrollan de manera descoordinada, y al ser el Derecho y el Trabajo sistemas sociales, no resultan ajenos a esta descoordinación. Por esta razón, nos hacemos la pregunta sobre cuáles son las peculiaridades que caracterizan las crisis en el Trabajo y en el Derecho y qué mecanismos permiten enfrentar de mejor forma dicha problemática.

La teoría sistémica nos plantea que la jurisdicción constituye el núcleo de consistencia del sistema de Derecho. A partir de ello, intentaremos descubrir cuál es el especial aporte que realiza el juez del Trabajo para hacer frente a la descoordinación que se produce entre el mundo del Trabajo moderno y los demás sistemas sociales, y sus rendimientos culturales propios. Para poder determinar lo anterior, resulta indispensable definir cuáles son las particularidades propias de la estructura orgánica y de las potestades que el sistema de Derecho del Trabajo asigna al órgano jurisdiccional.

PRIMERA PARTE
PRESUPUESTOS SISTÉMICOS

CAPÍTULO I

EL DERECHO DEL TRABAJO EN CRISIS: LA COMPLEJIDAD.

1. La crisis de la sociedad moderna.

Un concepto clásico de sociedad nos dice que consiste en un cierto ordenamiento de personas, establecidos en relaciones recíprocas, tendiente a obtener las condiciones espirituales, culturales y materiales necesarias para que ésta pueda realizar su fin propio y establecer un orden justo que facilite a los seres humanos alcanzar su plenitud ontológica.²

MATURANA reconoce la tensión primaria que esconde un concepto como el entregado, pues hay un choque entre la colectividad y el individuo: “Los seres humanos somos seres sociales: vivimos nuestro ser cotidiano en continua imbricación con el ser de otros. Esto, en general, lo admitimos sin reservas. Al mismo tiempo los seres humanos somos individuos: vivimos nuestro ser como un continuo devenir de experiencias individuales. Esto lo admitimos como algo ineludible. Ser social y ser individual parecen condiciones contradictorias de existencia (...) Distintas teorías políticas y económicas fundadas en diferentes ideologías de lo humano, enfatizan un aspecto u otro de esta dualidad, ya sea reclamando una subordinación de los intereses individuales a los intereses sociales, o al revés, enajenando al ser humano de la unidad de su experiencia cotidiana”.³

Ahora, como la definición de sociedad dada es teleológica y la finalidad del orden propuesto en ella está bien definida (el desarrollo de la persona), intuitivamente sabemos que el presente de las postmodernas sociedades cosmopolitas (que son postindustriales, industriales y preindustriales al mismo tiempo, pues en ellas conviven rasgos de todos estos órdenes paralelamente) debe ser revisado en sus características y en sus lógicas de funcionamiento porque, algo no anda bien. Aquel pretendido **“orden justo que facilite a los seres humanos alcanzar su plenitud ontológica”** no se logra, es más, se profundizan múltiples formas de exclusión social.

² PACHECO, Máximo. Teoría del Derecho. 4ª ed. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1990. p20-23.

³ MATURANA R., Humberto. La realidad: ¿objetiva o construida? I. Fundamentos biológicos de la realidad. Barcelona, Anthropos Edit., 1997. p3.

Hablamos de las “crisis de las actuales sociedades postmodernas”, o bien que hay diversas “crisis en las sociedades postmodernas”. Empíricamente podemos demostrarlo a través de la sencilla observación cotidiana: guerras entre países, guerras al interior de los países, terrorismo, violaciones a los derechos humanos, corrupción, miseria en todas sus variantes (falta de educación, hambruna, pobreza, muertes por falta de acceso a medicamentos desarrollados hace cincuenta años...), violencia entre los ciudadanos, violencia al interior de los hogares, explotación de trabajadores (aún), discriminaciones varias, adicciones de todo tipo, suicidios juveniles... la enumeración puede aumentarse y perfeccionarse hasta límites morbosos incluso. Por supuesto que cada una de estas muestras representativas de lo que llamamos “crisis de las actuales sociedades postmodernas”, se encuentra apoyada por numerosos estudios de múltiples disciplinas (sociología, ciencias jurídicas, ciencias políticas, investigaciones periodísticas, ciencias médicas, etc.) realizados por organizaciones prestigiosas y serias de carácter nacional y supranacional (SENAME, SERNAM, ONU, OEA, FAO, etc.).

Con estas referencias sólo queremos dejar en claro que existe una multiplicidad de situaciones relacionales que se están desarrollando con nociva anormalidad. Esta gran variedad de realidades nocivas (las calificamos de nocivas toda vez que tienden a la destrucción de las personas) nos hace sostener que las sociedades postmodernas están en crisis, y que se trata no sólo de una cuestión puramente emotiva, sino que es ante todo un estado palpable, demostrable, verificable.

Ahora, las crisis no son nada nuevo en la historia de la humanidad, la visión cíclica que se tiene de la historia demuestra que cada cierto tiempo, al introducirse nuevos factores (elementos) en el mundo se tiene como corolario necesario un conjunto de problemas (relaciones que perturban) que se hace imperativo resolver. Nuestra realidad, nuestro mundo, es cada vez más grande, y mientras más grande es una comunidad más elementos tiene a disposición para retroalimentarse de éstos y de las diferencias y conocimientos que éstos le entregan y así amplificar, para bien o para mal, las relaciones a desarrollarse; la suma de elementos en el mundo es un proceso histórico, tanto individual como comunitario. Este proceso puede ser evolutivo si con él se alcanzan mayores metas de bienestar social, lo que en último término significa que sea capaz de guardar armonía con los conceptos de sociedad e individuo. Pero

también este proceso puede ser estacionario o incluso involutivo si es nocivo y tiende a la destrucción de cualquiera de los dos conceptos antedichos. La clave para que el proceso histórico que se vive cuando hay cambio de elementos en el mundo se deslice hacia uno u otro sendero, está dada por la capacidad de adaptación que el sistema social logre al momento en que estos elementos entren en juego, porque el proceso de cambio relacional (consecuencia inexorable de la introducción de elementos nuevos) en medio de una existencia colectiva como la sociedad siempre será traumático, donde la potencia del trauma dependerá básicamente de dos cuestiones: la velocidad con que se produzca el cambio y la masa de los objetos que cambian.

Elementos paradigmáticos que multiplican exponencialmente las posibilidades de las relaciones sociales son: el avance de la tecnología y la creación de nuevos artefactos, las mixturas culturales, la creación de nueva información y su disponibilidad por nuevos medios masivos (Internet es la reina), la falta de límites geográficos debido a la virtualidad (el tiempo ha desplazado al espacio), la disponibilidad de todo tipo de bienes, la globalización de los mercados, etc.

Ahora bien, acabamos de dar una rápida mirada sobre los horizontes actuales para ver cómo las áreas de colectividad humana están inmersas en fenómenos nocivos que llamamos crisis, sin embargo, no podemos olvidar que la crisis de la sociedad es, en primer y último término, una crisis del individuo, una forma de exclusión. No puede ser de otro modo si la sociedad se compone de individuos. Cuando las crisis personales se encuentran con otras similares, ya no se está en el plano de un disconformismo individual, sino que pasamos a una reacción de grupo o grupos, a un orden emergente de comunicaciones de disgusto. Cuando el disconformismo se hace visible en la sociedad y se hace notorio que los cauces espontáneos no responden de forma satisfactoria y además se califica el ámbito como relevante para el funcionamiento del sistema, se produce la intervención del Estado. Más adelante detallaremos cómo se produce esta interacción (Infra. Cap. I, 6-7).

El rol del Estado y de sus agentes a través de sus respectivas competencias (administrativas, legislativas, y jurisdiccionales principalmente) se hace patente, aunque no se tenga claridad acerca de cuál sería la forma más adecuada para el desarrollo de este rol: “La crisis del individuo se plasma en la realidad de que mucha gente, hoy en día, siente que pierde su poder de decisión sobre el destino que quiere tomar en su vida. Por consiguiente, esto plantea

una crisis de la política. El sujeto no se ve identificado ni satisfecho con la representación que recibe por parte de sus representantes”.⁴

La herramienta con que reacciona el Estado democrático es el Derecho. A través del Derecho se intenta poner orden y corregir lo que está mal en la sociedad, y para ello se utilizan los medios que, a su vez, esta herramienta posee: leyes que mandan, permiten o prohíben, y que establecen castigos o estímulos ante su cumplimiento o no cumplimiento.

2. La crisis del Derecho.

Cuando reconocemos que hay una crisis del Derecho significa que éste no está cumpliendo su papel de herramienta de orden en la sociedad. En efecto, la herramienta que poseen las sociedades para superar los problemas relacionales entre los sujetos es el Derecho. Desde esta perspectiva se concibe al Derecho como una técnica de ordenación social, un modelo organizativo destinado a resolver problemas que de no ser resueltos harían imposible la vida en comunidad. Es por eso que la teoría del Estado se crea a partir de la existencia necesaria de funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional, cada una de las cuales se vincula al conjunto de reglas que es el Derecho. En términos que abusan de amplitud conceptual se puede decir que la primera crea las normas, la segunda las ejecuta, y la tercera resuelve respecto de sus transgresiones. El Estado es, entonces, una nación jurídicamente organizada.⁵

Pese a la existencia del Derecho, la crisis de la sociedad moderna redonda en un profundo sentimiento de injusticia, de desigualdad, de incomprensión. Para los ciudadanos parece que al Derecho se le ha escapado la realidad de las manos y no está sirviendo ya como herramienta de orden. Ante las situaciones de nociva anormalidad relacional a que se hacía

⁴ BANGA, Fabián. El Problema de la Crisis del Individuo en la Sociedad Moderna [en línea]. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, fecha de publicación desconocida. <<http://www.revistadesarrollohumano.org/Biblioteca/0052.pdf>> [consulta: 04 junio 2008]. p8.

⁵ Sobre la Teoría del Estado, v. VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana M. Manual de Derecho Político. 4ª ed. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1998. p91ss.

referencia en el apartado anterior, y que son derivadas de la introducción de nuevos factores o elementos, el Estado trata de reaccionar de diversas formas: principalmente a través de la vía legislativa y ejecutiva. Esta reacción muchas veces es un excedente normativo, por eso prolifera la creación de leyes e iniciativas gubernamentales que buscan, para hacer frente a estas situaciones de nociva anormalidad, soluciones que sean rápidas y que, además, se condigan con el clamor popular para lograr la aceptación social de sus decisiones.

Sin embargo, parece que todas estas vías no funcionan y sólo responden a medidas políticas bastante irreflexivas, que apaciguan a las fuerzas sociales por el tiempo posterior a su adopción y luego, cuando son llevadas a la práctica, demuestran que la falta de fundamentos sólidos de origen social y cultural las hacen, en verdad, utópicas. La crisis de las relaciones fácticas se traduce en una crisis de las relaciones jurídicas y de esta manera se socavan las bases de la legitimidad del sistema. “La positivación de expectativas implica tener en cuenta que la no coincidencia entre la expectativa institucionalizada y lo acontecido, evidencia una sobrecarga impuesta al sistema jurídico, y hace latente el riesgo de su incapacidad de satisfacer los reclamos sociales, y con ello, su carencia de eficacia”.⁶

Cuando las medidas políticas de dirección de conductas y de prevención y protección de intereses fallan y se vulneran estos intereses, se recurre a las medidas jurisdiccionales. Si las medidas jurisdiccionales fallan, los intereses que en principio se pretendía proteger han quedado sin protección y por ende vulnerados y vulnerables, ergo, el sistema de Derecho, en su totalidad, ha fallado. Culturalmente la población significa esto como deslegitimación cuyo mayor peligro está en la formación de semánticas erróneas que pueden crecer de manera sistemática y engendrar peligrosas situaciones de violencia en la población.

El individuo está en crisis dentro de la sociedad y ésta, a través de su principal herramienta de protección y orden, no es capaz de ayudarlo. Tenemos crisis en el individuo, en el Derecho y en la sociedad.

⁶ MEJÍA, Óscar y GUZMÁN, Natalia. La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica [en línea]. [2002]. <<http://deliberatum.net/CORTE2.pdf>> [consulta: 14 febrero 2009]. p2.

3. La crisis del Trabajo y su Derecho en la sociedad postmoderna.

En este análisis de observación empírica y descriptiva, el Trabajo y el Derecho del Trabajo no quedan fuera, más aún, se muestran como quehaceres especialmente receptivos a las fluctuaciones sociales y constituyen un buen ejemplo de una falta de coordinación social y de problemas culturales. Los problemas de las relaciones laborales no son más que una especificación de la crisis social general. Por su parte, las dificultades del Derecho del Trabajo en distintos ámbitos lo es de la crisis general del Derecho.

Es significativo que autores adviertan que la crisis es fundamentalmente de raíz institucional y que una de las instituciones fundamentales, a su vez, es la empresa: “Ahora está sintiéndose nuevamente la urgencia de una innovación social y política. La relación entre el hombre y su medio debe ser meditada, y requiere una reestructuración. La crisis del mundo es sobre todo una crisis institucional que exige innovación institucional. La empresa, su estructura y su organización, el modo en que se integra el conocimiento en el trabajo y el trabajo en el desempeño -y el modo en que se integra la empresa con la sociedad y el gobierno- son también áreas que plantean importantes necesidades de innovación, y ofrecen oportunidades de innovar. Sin duda se necesita en la esfera social y económica otro período de actividad innovadora similar al de la segunda mitad del siglo XIX”.⁷ Se reclama, entonces, un replanteamiento general (social y cultural), pero también un replanteamiento más específico (la empresa y el trabajo), para luego integrar lo particular en lo general (la empresa y el trabajo a la sociedad y la cultura).

El Trabajo y su consecuente Derecho han sufrido mutaciones a lo largo de la historia, local e internacional, hasta llegar al escenario que se da en nuestros días (Infra. Cap. II, 4.2). A ambos, Trabajo y Derecho del Trabajo, le son aplicables las mismas observaciones anotadas para la sociedad en general, a saber: la incorporación de nuevos elementos crea novedosas relaciones, nuevas áreas de conflictos o bien, modifica en algo la forma de las ya existentes. Frente a esto, la

⁷ DRUCKER, Peter. La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas. Buenos Aires, El Ateneo, 1985. p530-531.

aptitud reactiva de la sociedad se da por medio del actuar del Estado, el cual se desvive por entregar soluciones satisfactorias, que no dan mayores resultados.

En este contexto, “el esquema de razonamiento del legislador es elemental: si el trabajo dependiente del siglo XX, con sus reglas y la expectativa de mejorarlas, ha perdido la hegemonía cultural, tampoco la gran empresa industrial podrá conservar la suya. En efecto, la mutación antropológica no afecta sólo al mundo del trabajo. Incide también en el ambiente de los operadores económicos. Ambos procesos, por cierto son simétricos y complementarios. Integrándose y complementándose recíprocamente rediseñan la imagen de una economía ligada a la perspectiva, si no de pauperismo, al menos de declive”.⁸

Para graficar estos dichos es posible citar diversas leyes que son producto de la reacción legislativa ante situaciones creadas por nuevas formas de relación o por la introducción de elementos nuevos en la relación tradicional que la condicionan o hacen distinta. A modo ejemplar, en el ámbito del Trabajo, tenemos las regulaciones intentadas por: la ley N° 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual; la ley N° 19.988, sobre trabajadores temporeros agrícolas; la ley N° 19.889, que regula las condiciones de trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos; la ley N° 20.178 que regula la relación laboral de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas; la ley N° 20.123, sobre trabajo en empresas de servicios transitorios y en contrato de trabajo de servicios transitorios; el proyecto de ley que aún se encuentra en su segundo trámite constitucional y que sanciona las prácticas de acoso moral laboral (*mobbing*); la ley N° 19.739 tendiente a evitar la discriminación por edad y estado civil en la postulación a empleos; el proyecto de ley que se encuentra en fase de su primer trámite constitucional y que modifica el Código del Trabajo en cuanto regula el contrato de teletrabajo; el proyecto de ley que regula el uso de medios informáticos en el trabajo (en lo relativo al e-mail laboral); los siempre presentes planes de contingencia para enfrentar la cesantía; etc.

⁸ ROMAGNOLI, Umberto. Modernización e involución del Derecho del Trabajo. Revista de Derecho Social (28):13-24, 2004. p20.

Teniendo como base la carencia de eficacia del Derecho y la dispersión normativa que éste muestra nos acercamos a la falta de equilibrio que GRÜN acusa en los sistemas jurídicos postmodernos: “Esto se relaciona con las ideas de Ylia Prigogine, Premio Nobel de Química recientemente fallecido, cuyas investigaciones se han ido aplicando gradualmente a otras esferas de la naturaleza y la sociedad: él ha descubierto que si las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema abierto se incrementan más allá de cierto límite, empujan al sistema a un estado de **"caos creativo"**. El sistema se ve forzado a asimilar o adaptarse a una influencia perturbadora demasiado grande para que pueda sobrevivir en su antiguo formato y se produce una crisis; si el sistema no se adapta –evoluciona o muta- puede ser destruido. Para que el sistema pueda funcionar de la manera que sea, se ha de establecer un nuevo orden de cosas. Dicho con otras palabras, la ruptura del sistema hace que a éste le sea posible avanzar hacia una forma completamente diferente de organizarse. Esto es lo que llama “estructuras disipativas”. Este mismo proceso se aplica a los sistemas sociales”.⁹

En los siguientes subcapítulos intentamos explicar el porqué de estas crisis sociales, partiendo del paradigma de la complejidad.¹⁰

4. El fenómeno de la complejidad.

Hemos dicho que la introducción de nuevos elementos en el mundo provoca la aparición de nuevos tipos de relaciones o que modifica las existentes. El aumento excepcional de posibilidades de interacción o interconexión de elementos y áreas en el quehacer humano es el fenómeno conocido como complejidad.

“En la filosofía de las ciencias (por lo menos en las ciencias aledañas a la ciencia jurídica) se percibe hoy con intensidad, la interpelación del llamado “paradigma de la complejidad”. La realidad estaría integrada por conjuntos complejos, con componentes

⁹ GRÜN, Ernesto. La aplicación de la sistémica y la cibernética al Derecho [en línea]. Panóptica. N° 7, mar-abr., 2007. <http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_156-175.pdf> [consulta: 13 junio 2008]. p171. La negrilla es nuestra.

¹⁰ En la segunda parte de la investigación se trata el porqué de la falta de maniobrabilidad de las crisis bajo el concepto de reflexividad. Infra. Cap. VI.

inseparables, donde todo “está tejido junto”. En estos conjuntos “hay un tejido interdependiente, interactivo e interretroactivo entre las partes y el todo, y el todo y las partes”. Según variada bibliografía, el paradigma de la complejidad interpela hoy, entre otros saberes, a la psicología, a la economía, la ciencia política, el derecho, etc.”.¹¹

“Se sostiene con frecuencia que los problemas de la complejidad social conciernen a las sociedades del capitalismo maduro. Sin embargo, el fenómeno es también observable en las nuestras, aun cuando no hayan alcanzado aquel estadio de madurez, porque ellas exhiben una realidad singular, en la que conviven tradicionalismo y post modernidad; miseria y consumismo; relaciones productivas pre-capitalistas y desarrollos económico-tecnológicos de punta; analfabetismo y sofisticación intelectual, en una caleidoscópica mixtura, que se constituye, a su vez, en dato peculiar de nuestra propia complejidad”.¹² Es así como ya el mensaje con que S. E. el Presidente de la República remitió el proyecto de ley sobre reforma procesal laboral al Congreso Nacional, señala a propósito de la especialización de la judicatura laboral que ésta “*nace fruto de la complejidad de las relaciones económicas y de las normas que regulan el Derecho Laboral y la Seguridad Social (...)*”.¹³

Ahora bien, la complejidad es un fenómeno que se da en el marco de la **Teoría de los Sistemas** (que desarrollaremos más adelante) y nos basta con decir en este punto, que la sociedad es un sistema compuesto de numerosos subsistemas, que cada subsistema produce operaciones que le son propias y únicas diferenciándose de los otros y creando, de esta forma, más complejidad, porque se crean más elementos y más formas de relación. Entonces, la complejidad será un producto de la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Al aumentar los elementos de cada sistema no se pueden relacionar todos a la vez punto por punto, porque simplemente es imposible. La falta de adecuación en el orden en que deben relacionarse

¹¹ PEDRALS, Antonio. ¿Hacia una nueva síntesis? En: ¿QUÉ QUEDA de la teoría pura del derecho? por Pedrals “et al”. Valparaíso, Chile, EDEVAL, 2005. p15.

¹² CÁRCOVA, Carlos. Complejidad y Derecho. En: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes [en línea]. Universidad de Alicante, 2005 <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_05.pdf> [consulta: 01 julio 2008]. p65.

¹³ CORREA S., Jorge. Nuevo procedimiento laboral. Santiago, Chile, Edit. PuntoLex, 2006. p16.

los elementos provoca el colapso del sistema; la antes mencionada crisis, en este caso, crisis del sistema social se debe a la hipercomplejidad que presenta la sociedad como sistema. Remitiéndonos a la terminología usada en el apartado anterior, diremos que entre las múltiples posibilidades que entrega la complejidad se crean muchas relaciones que se presentan como situaciones de nociva anormalidad que es necesario readaptar de alguna forma para que no dañen el sistema.¹⁴

Somos deudores de NIKLAS LUHMANN en estos conceptos, por tanto, la cita de sus ideas es insoslayable. Aunque la aridez y el nivel de abstracción técnica que sus palabras envuelven, las haga densas, no existe oscuridad en ellas y la precisión de las mismas es inobjetable: “Complejidad en el sentido mencionado, significa coacción de la selección. Coacción de la selección significa contingencia, y contingencia significa riesgo. Cualquier estado complejo de cosas se basa en una selección de las relaciones entre los elementos, los cuales, a la vez, son utilizados para constituirse y conservarse. La selección sitúa y cualifica los elementos, aunque para éstos fueran posibles otras formas de relación. Designamos este “ser posible también de otro modo” mediante un término cargado de tradición, que es el de contingencia. La contingencia advierte sobre la posibilidad de error aun en la mejor posibilidad relacional de los elementos”.¹⁵

Esto quiere decir que habrá complejidad cuando un hecho tenga tantos elementos que éstos no pueden relacionarse todos entre sí, sino sólo en forma selectiva, con lo que se establece un modelo de operación y de selección que deja fuera otras posibilidades, admitiendo (más bien advirtiendo) abiertamente el riesgo y la inestabilidad. La complejidad no es más que un concepto que hace notar un exceso de posibilidades en el mundo, como por ejemplo, la posibilidad de trabajar en el hogar o fuera de él o la determinación del monto de remuneración para una jornada de trabajo son (en especie) dos cuestiones que pueden resolverse de múltiples maneras excluyentes.

¹⁴ En modo alguno se está sosteniendo que la interconexión de elementos y áreas no produzca situaciones positivas que signifiquen logros para la humanidad, v. gr. la tele-medicina o la aplicación de la informática al Derecho. Sólo se trata de poner la mirada en vicios que sea necesario eliminar.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Anthropos Edit., 1998. p48.

La internalización de la noción de complejidad en las áreas de conocimiento humanista y en las áreas que intentan regular relaciones dirigidas a fines, es fundamental. Mientras mayor sea el número de variables que se tengan que considerar más compleja es la ecuación, ergo, más difícil se hace el adecuado control, reflexión y tratamiento de la información, así como de la organización de los elementos con que se cuenta para conseguir el fin.

Las precedentes consideraciones nos llevan a dos conclusiones inequívocas: Uno. El concepto de complejidad es inseparable del de sociedad, porque la sociedad se concibe como un conjunto de relaciones cuya interacción se problematiza de forma creciente. Dos. Esto repercute en el plano individual, pues la complejidad creada en la sociedad “se traduce como aumento de la complejidad en el espacio y en el tiempo para el individuo, manifestado cual inimaginable superabundancia de sus realidades y posibilidades. Esto inhibe la adaptación exitosa al mundo del individuo, porque mirado desde dentro, el mundo se presenta como una complejidad difícil de manejar”.¹⁶

Ahora, según la Teoría de los Sistemas, son los mismos sistemas los que manejan la infinitud de posibilidades que les plantea la complejidad a través de la selección. **Gracias a la selección logran estabilizarse porque reducen la complejidad.** Para enfrentar la complejidad, el mundo requiere de mecanismos de reducción, es decir, mecanismos que desarrollen “procesos de mediación entre la complejidad del mundo y la actualidad de la experiencia”.¹⁷ A lo largo de esta investigación veremos que el sistema jurídico y el sistema de relaciones laborales corresponden a mecanismos de reducción de complejidad.

Si estos mecanismos de selección o reducción no funcionan correctamente el sistema (cualquiera que éste sea: desde un pájaro hasta la industria de un país desarrollado) no será capaz de hacer frente a los nuevos problemas que se le plantean, y colapsará.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. Confianza. Barcelona, Anthropos Edit., 1996. p8.

¹⁷ Íd. p25.

4.1. La complejidad en el Trabajo y en el Derecho del Trabajo.

Las ideas antes desarrolladas son enteramente aplicables al Trabajo y al Derecho. Ambos son subsistemas sociales que se ven afectados por el fenómeno de la complejidad, sobre todo el Trabajo, como **Sistema de Relaciones Laborales**. Un ejemplo pintoresco de las relaciones interdisciplinarias es el caso de la llamada cesantía estructural. “Los desempleados estructurales son aquellos trabajadores que, por razones de calificación, no se ajustan a las necesidades reveladas por la demanda. El desempleo estructural se debe a desajustes entre la calificación o la localización de la fuerza de trabajo, y la calificación o localización requerida por el empleador”.¹⁸ El desempleo estructural o cesantía estructural, es un concepto que se aplica a la formación de profesionales para áreas de mercado que ya se encuentran con sobreabundancia de oferta de trabajo y bajos niveles de demanda, como en la Abogacía o en el Periodismo. En lo que nos interesa es una realidad que indiscutiblemente afecta al individuo de manera transversal en varios ámbitos a nivel de intereses particulares: Familia, Trabajo, Previsión, pero que también se proyecta a nivel colectivo en el subsistema Económico, Educativo y Tecnológico, y que por supuesto debe ser regulado por el subsistema Derecho. Finalmente, no es dable olvidar la influencia del subsistema Político ni la del sistema de Medios de comunicación masivos.

En cuanto al Derecho, su relación con la complejidad está dada por su función: generalizar y estabilizar expectativas normativas en medio del *mare magnum* de relaciones posibles. En definitiva, el Derecho debe seleccionar qué posibles relaciones son legítimas y bajo qué condiciones lo son, y lo debe hacer situado en una realidad hipercompleja.

Para explicar cómo se reduce la complejidad a través de selecciones sistémicas y cómo se aumenta simultáneamente la misma, podemos observar al Derecho. En efecto, “Luhmann (...)”

¹⁸ LARROULET, Cristián. Economía. 2ª ed. Santiago, Chile, McGraw-Hill, 2003. p540.

sugiere como ejemplo del aumento creciente de complejidad de un sistema, el implicado en la evolución y progresiva diferenciación del derecho occidental.*

Como es sabido, los romanos abarcaban jurídicamente el conjunto de las relaciones sociales de su época, a través de la distinción entre el *jus quiritario* (derecho de la ciudad) y el *jus gentium* (derecho de gentes/extranjeros); al proceso histórico de diferenciación funcional, fue correspondiendo también un proceso de diferenciación y progresiva automatización del derecho: el derecho civil, del cual se desprenden el derecho mercantil y más tarde, el de navegación, el laboral, aeronáutico, minero, fiscal, etc. Cada campo de especialización, permite abarcar nuevas relaciones y, con ello, seleccionar opciones y reducir la complejidad del ambiente, a costa de aumentar la propia complejidad de ese campo, al incrementar su información interna, generar estándares interpretativos ad-hoc, etc.

Piénsese en los desafíos que a la estructura actual de los sistemas de decisión jurídica plantean las innovaciones científicas y tecnológicas con la aparición de cuestiones como los delitos ambientales, los ilícitos informáticos, la regulación de la telemática, la robótica, la fecundación *in vitro*, la biotecnología en general, etc. Cada uno de estos campos, de estos elementos del subsistema jurídico se especializa, en un proceso que es constante y que permite controlar la diferenciación producida en el entorno, es decir, en el universo de las relaciones humanas, también ellas, constantemente diversificadas”.¹⁹

Es fácil traspasar las consideraciones recién expuestas al plano del Derecho del Trabajo. El resultado será un desafío aplastante para este sistema de decisión; son demasiados los elementos que se conjugan y demasiado importante el lugar en que se conjugan. El Trabajo es un área de aquéllas en que existe un interés público prevalente (como también lo son, por ejemplo, el área de las relaciones familiares en derecho civil o el área penal) por lo que hay una intervención estatal mayor.

* Véase LUHMANN, Niklas. La evolución del derecho. En su: El derecho de la sociedad. Trad. de Javier Torres Nafarrete. México, DF., Universidad Iberoamericana, 2002. La referencia es nuestra.

¹⁹ CÁRCOVA, C. Op. cit. p73-74.

El Trabajo, además de su importancia, presenta la característica de ser un área permeable a casi todo tipo de interacción. Ya se ha señalado la cesantía estructural como ejemplo de un hecho con muchas aristas las cuales se insertan en pluralidad de ámbitos. Del mismo modo, no es necesario explicar en extenso el impacto que tiene cada avance tecnológico en el Sistema de Relaciones Laborales. Recientemente han surgido relaciones problematizadas directamente vinculadas a la nueva tecnología incorporada al ámbito laboral, como el teletrabajo,²⁰ o la protección de la intimidad en el e-mail laboral.²¹ Asimismo, los avances de las ciencias médicas han aumentado la esperanza de vida y se plantea el tema de la reinserción laboral de la tercera edad.²² Estas prestaciones tecnológicas y científicas se suman a que toda la gama de relaciones humanas puede darse dentro del sistema laboral y que al unirse a éste obtienen características nuevas que crean mayor diferenciación. Piénsese en lo que es un robo a una empresa. En principio es sólo un delito, pero si lo comete un trabajador es además una causal de despido. Un homicidio simple puede transformarse en un tipo agravado en virtud de la relación laboral existente entre los sujetos. El cortejo entre compañeros de oficina puede desembocar en una cuestión de acoso sexual. La aparición de la reparación del daño moral por el término del contrato de trabajo no puede explicarse sino en cuanto la psicología se ha interconectado con el Derecho del Trabajo.²³ Lo mismo para el *mobbing* o acoso moral laboral.²⁴

El aumento de relaciones y posibilidades para el Trabajo es notable, incluso muchas veces parece inmanejable, sobre todo debido al carácter rígido que suelen tener las estructuras jurídicas y que hacen más lento su transitar en relación al del resto de la sociedad. En el plano emocional la disconformidad de las expectativas que para su vida tienen las personas es patente: se dice que “no hay justicia”, que los tribunales no hacen su trabajo, que los abogados tampoco,

²⁰ Véase JURI S., Ricardo. El teletrabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2006.

²¹ Véase MONTECINOS, Raúl. El e-mail laboral en Chile. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2007.

²² Véase POBLETE, Ricardo y RETAMAL, César. Reinserción laboral en la vejez. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2008.

²³ Véase GAMONAL C., Sergio. Daño moral en el contrato de trabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2005.

²⁴ Véase GAMONAL C., Sergio. El *mobbing* o acoso moral laboral. Santiago, Chile. LexisNexis, 2006.

que no hay trabajo digno, que continúa la explotación, que aumenta la exclusión, que las autoridades no saben manejar el país. Los más doctos, hablan de “crisis de la ley”.

5. Una salida desde el sistema: la concepción jurisprudencial del Derecho del Trabajo.

“Todo parece indicar que hoy nos encontramos en uno de esos períodos críticos que cíclicamente se dan en la Historia de la Cultura. Existen épocas claramente marcadas por el signo de un incontenible cambio cultural. Tales cambios se presentan como necesarios en sí mismos, y ello porque, dada la estructura y las circunstancias de la historia humana, ciertas cosas se vuelven imposibles. El ser humano no puede continuar ya viviendo en las condiciones que se dan en el período cultural que irremediamente se desvanece: algún cambio debe producirse en una determinada dirección. Ahora bien, si estos cambios se presentan como necesarios, no lo es la manera o modo en que deben ocurrir; eso es algo que depende de la voluntad y libertad humana, pero, en todo caso, la admisión de la necesidad del cambio constituye el punto de partida históricamente válido”.²⁵

Buscando continuar con la línea de pensamiento expuesta en la cita anterior, una visión sistémica de la sociedad, del Trabajo y del Derecho, entrega una respuesta explicativa a la problemática de la crisis y, lo más importante, una respuesta correctiva a la misma. Un poco de esperanza desde la misma devastación, en palabras de D’ORS “en períodos de confusión es particularmente importante no perder de vista, que así como en todo momento cultural humano de apogeo se esconde el germen de su descomposición, así también, en todo momento de decadencia existe ya latente un germen de renacimiento”.²⁶ Por eso la desproblematización de las relaciones laborales actuales y de la normatividad que las acompaña, deberá ser buscada desde las particularidades de cada ámbito.

²⁵ FERNÁNDEZ B., Alejandrino. Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano. Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela, 1976. p11.

²⁶ D’ORS, Álvaro. Escritos varios sobre el Derecho en crisis. Madrid, ARBOR, 1976. p93.

La concepción sistémica del Derecho laboral, que se desarrollará intensamente en los próximos capítulos, tiene una serie de consecuencias respecto de varias cuestiones, entre ellas: la posición de la justicia dentro del sistema, un nuevo concepto de norma, la manera en que se da la diferenciación y evolución del sistema jurídico-laboral, el papel de la argumentación jurídica, el descubrimiento de los acoplamientos estructurales, un nuevo modelo de coordinación social no instructiva en relación a las funciones que debe asumir el Derecho de Trabajo, pero por sobre todo, se otorga un sentido esencial a los tribunales del Trabajo como activadores de procesos epigenéticos (esto es, de evolución cultural) dentro del sistema jurídico, entendido como un sistema social de Derecho en un Estado democrático.

Es así como destaca la importancia del ejercicio de la jurisdicción, pues “los tribunales son observados como instancias donde se decide lo indecible y no sólo lo indecible, puesto que de otro modo la decisión ya se hubiera decidido y sólo se trataría de “reconocerla”. Los tribunales se enfrentan al imperativo de la decisión, no pueden renunciar a hacerlo, aunque les tome treinta años”.²⁷

Ahora bien, sin abordar directamente el concepto de complejidad, parte de la doctrina chilena ha sostenido que “nuestro derecho ha llegado a hacerse muy complejo, puesto que a las diecinueve mil y tantas leyes numeradas debemos sumar todas las leyes del siglo pasado que no llevan números, más todos los decretos leyes y todos los decretos con fuerza de ley que constituyen leyes...”²⁸

Como nos dice MASCAREÑO, los tribunales se erigen como el mecanismo último que hace frente a la complejidad creando sentido. Debido a características que se señalarán a lo largo de la investigación, son los tribunales quienes mantienen la consistencia del sistema de Derecho mediante el ejercicio de la jurisdicción.

²⁷ MASCAREÑO, Aldo. Una rosa es una rosa, es una rosa... Persona y Sociedad, XVIII(2):301-306, 2004. p304.

²⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. Modificaciones al título preliminar del Código Civil. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1999. p21-22.

Se volverá sobre esta idea cuando se desarrolle la estructura sistémica del Derecho y sobre todo cuando se estudie la potestad normativa jurisdiccional sustancial de los jueces del Trabajo. Basta con adelantar que existe una vinculación lejana (y en ningún caso identidad) a las doctrinas realistas de las escuelas norteamericanas de filosofía jurídica, las que en términos generales sostienen que las decisiones de los tribunales son la primera y verdadera fuente del Derecho.²⁹ He ahí la importancia de estudiar las potestades normativas jurisdiccionales, pues son éstas las que, ya en principio, se diferencian de las demás potestades normativas (constituyente, legislativa, administrativa, autónoma) por referirse a casos particulares dentro de un entorno general.

Empero, si bien el papel de la judicatura del Trabajo constituye un núcleo de *ultima ratio* para mantener el sistema, en ningún caso juega sola, es por ello que debe repasarse la estructura del sistema en su totalidad, tanto laboral como extra laboral, para así precisar la actuación de los otros agentes condicionantes del mismo (principalmente la legislación y la doctrina laboral) y la forma cómo se relacionan en el todo.

El próximo capítulo aborda los conceptos de la Teoría General de los Sistemas Sociales, y su aplicación al Trabajo y al Derecho.

²⁹ Respecto a la disputa sobre la pregunta de si el derecho del juez es una fuente de derecho propia, véase p. ej. ESSER, Josef, (rechazándolo), o a WILHEM, Heinrich, Das (afirmándolo). Sobre el problema de la difusión real del concepto de que existe un “derecho del juez” especial, v. PICKER, Eduard.

CAPÍTULO II

REPLANTEAMIENTO: UNA TEORÍA SOCIAL Y SISTÉMICA DEL DERECHO Y DEL TRABAJO.

1. Realidad y conocimiento: cambio de paradigma.

El marco conceptual básico de esta investigación es la Teoría de los Sistemas Sociales desarrollada por LUHMANN a lo largo de más de treinta años.³⁰ Con su teoría se produce un cambio en la concepción de los sistemas sociales desarrollada hasta ese entonces.

³⁰ “Niklas Luhmann murió el 6 de noviembre de 1998 en Oerlinghausen, cerca de Bielefeld, al norte de Alemania, poco antes de cumplir los 71 años de edad. Un año antes de su muerte había logrado concluir y publicar su opus magnum *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (Sociedad de la sociedad), obra destinada a convertirse en uno de los pilares de la sociología del siglo XXI. Su título es casi una exigencia del programa teórico luhmanniano, diseñado a su llegada a la recién fundada Universidad de Bielefeld en 1969, luego de su paso por Harvard con Talcott Parsons a comienzos de los sesenta y por Frankfurt hacia fines de esa década, donde ocupó la cátedra de Theodor Adorno, quien murió en 1969. Luego de la publicación en el año 1984 de *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general* (trad. esp. Iberoamericana, México, 1994), donde Luhmann desarrolla los pilares conceptuales de su teoría, la década siguiente estaría dedicada a la construcción de estudios específicos referidos a sistemas funcionales parciales. Así fue como, programadamente fueron apareciendo hasta 1998, *Economía de la sociedad* (1988), *Ciencia de la sociedad* (1992, trad. esp. Iberoamericana, México, 1996), *Derecho de la sociedad* (1993), *Arte de la sociedad* (1995). La enfermedad del autor lo hizo concentrarse en *Sociedad de la*

El primer cambio se da en relación a la epistemología subyacente, a la Teoría del Conocimiento. Respecto de ésta sólo diremos que se parte desde un constructivismo radical para el entendimiento de la realidad, fragmentándola y convirtiendo a los distintos objetos en áreas interdisciplinarias de estudio. El prurito epistemológico podemos vincularlo al trabajo de MATURANA, principalmente a las ideas contenidas en su antigua obra *La Realidad ¿Objetiva o construida?: Fundamentos biológicos de la realidad*.³¹ En efecto, aceptaremos que la realidad social no es una cuestión dada sino que la construimos diariamente, de manera que aceptamos el hecho de que nuestras sociedades y lo que pasa en ellas (valores, desvalores, situaciones fácticas, etc.) es algo creado y que no simplemente ocurre. Esto porque el real conocimiento no es el objeto puro, sino el objeto visto por el observador, entre ambos se produce una fusión, que es el conocimiento.³² Por tanto, ni el Derecho ni el Trabajo constituyen realidades externas o independientes en su configuración a las decisiones que una cultura toma, sino productos de ellas.

Una teoría social iniciada bajo estos presupuestos tiene como esencial implicancia el servirnos como una herramienta para la comprensión de la construcción de las distintas áreas sociales, pero además como herramienta que hace factible el cambio social. Desde un punto de vista político, histórico y antropológico diríamos que restituimos valor operativo a la libertad humana.

sociedad (1997), la obra en dos tomos que contiene fundamentos epistemológicos, una teoría de la evolución, otra de la diferenciación y los medios simbólicos y una de las autodescripciones de la sociedad. Luego de su muerte y en base a borradores a los cuales sólo faltaba agregar cuestiones formales, han aparecido *Política de la sociedad* (2000), *Religión de la sociedad* (2001), *Educación de la sociedad* (2003). De estos estudios específicos, *Ciencia de la sociedad* y *Derecho de la sociedad* han sido hasta ahora traducidos al español por el equipo a cargo del sociólogo mexicano de la Universidad Iberoamericana, Javier Torres Nafarrate, aunque deben ser agregadas a esta lista española otras obras como *Teoría de la sociedad* (1994), *Introducción a la teoría de sistemas* (1995), *Sociología del riesgo* (1996) *La realidad de los medios de masas* (1997) y *Luhmann: la política como sistema* (2004)". MASCAREÑO, A. *Una rosa...* Op. cit. p301.

³¹ MATURANA, Humberto. *La realidad: ¿objetiva o construida? I y II. Fundamentos biológicos de la realidad*. Barcelona, Anthropos Edit., 1997.

³² Para una mayor profundidad epistemológica véanse las obras de GEORGE SPENCER BROWN, autor del cual Luhmann obtiene las ideas acerca de la forma.

Un constructivismo radical nos permite crear, así lo ha entendido una autora especialmente preclara: “La clásica formulación de entender el conocimiento como una determinación de relaciones entre sujeto y objeto aparece diluida cuando hablamos de lo social. Esto se debe a que los constructos que permiten darle contenido de saber a lo social, no son más que construcciones culturales cuyo significado le da significado de realidad a lo institucionalizado históricamente.

La construcción de saberes ha trascendido la esfera de lo clásico para ubicar el conocimiento social en una praxis cultural e histórica que reconoce el contenido subjetivo trascendente de la realidad social, permitiéndonos separar lo institucional de lo humano. Esto contribuye a darle al primero un contenido construido cuya crisis refleja la imposibilidad de la sostenibilidad de lo conceptual, acercándonos a una consideración genérica que nos permite suponer que cuando hablamos de crisis social queremos indicar en el fondo que lo que está en crisis es el “paradigma” construido que orienta la acción social”,³³ lo que quiere decir que cualquier realidad social es una construcción de sentido históricamente dada, debido a un paradigma de conocimiento igualmente institucionalizado. Luego, si se desinstitucionaliza el paradigma de forma radical y se plantea un constructivismo para la realidad, queda abierta la posibilidad de modificarla.

1.1. La utilidad del cambio de paradigma cognoscitivo.

El principal aporte al cambio de paradigma está dado por lo que técnicamente llamamos paso del estructural-funcionalismo (PARSONS) al funcional-estructuralismo, con lo que estamos diciendo lo siguiente: la anterior concepción de sistemas sociales entendía que existían estructuras prefijadas a las que se adaptaban las funciones (así, había una estructura económica a que se adaptaban los factores económicos, y una laboral o jurídica en que sucedía lo mismo). En

³³ DELGADO DE SMITH, Yamile. Luhmann y Maturana. A propósito de las relaciones industriales, el trabajo y la gestión de lo humano [en línea]. Nóesis Revista de Ciencias Sociales y Humanidades. Vol. 15, N° 29, ene-jun., 2006. <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=85902907>> [consulta: 16 julio 2008]. p136. El subrayado es nuestro.

cambio, la postura nueva dice que las estructuras están dadas por operaciones funcionales, que no es necesario entonces una estructura global como punto de partida. Esta reorientación en el paradigma tan sencilla desde la óptica teórica tiene repercusiones de *Big Bang* en la práctica: la transforma en una teoría operativa, y en lo que nos convoca, operativa en el Derecho del Trabajo.

Si las funciones determinan a los sistemas, es fácil reconocerlos mediante el reconocimiento de la función que cumplen en el mundo. Así la complejidad presentada como un problema ya no obsta su existencia. “De esta forma, es posible armar un entramado teórico, capaz de preguntarse por la función de la construcción de un sistema dado. Esta función, consiste en la comprensión y la reducción de la complejidad. La complejidad, no es vista como un obstáculo ni una dificultad para la construcción de un sistema, se constituye en la condición que hace posible al sistema. Un sistema surge en un proceso de reducción de complejidad. Es menos complejo que su entorno y sus límites respecto de él no son físicos, sino de sentido. El problema de la extrema complejidad del mundo, que había llevado a que la sociología desistiera del intento de elaboración de teorías universales, pasa a ser, por consiguiente, la condición que hace posible y fructífero este intento teórico”.³⁴ Es decir, los sistemas como el Trabajo o el Derecho van a aparecer en el mundo como formas emergentes de selección según una función que les sea característica. Esta función será por ellos seleccionada y desarrollada, separándolos de su entorno y dándoles una estructura propia.

Partiendo de este entendimiento de la realidad y del conocimiento que en definitiva le da forma, se pasan a exponer en breve los elementos de una Teoría General de Sistemas Sociales necesarios para buscar alguna aplicación práctica al Derecho y al Trabajo.

2. Elementos de una Teoría General de los Sistemas Sociales.

³⁴ ARRIAGA, Emilio. La Teoría de Niklas Luhmann [en línea]. Universidad Autónoma del Estado de México. 2003. <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_01.pdf> [consulta: 30 junio 2008]. p278. El subrayado es nuestro.

2.1. Unidad sistema/entorno.

La diferencia entre sistema y entorno es la raíz de la teoría de sistemas aquí planteada. Los sistemas están orientados de forma estructural hacia su entorno, teniendo una relación necesaria con él, ya que cada sistema tomará elementos del medio en el cumplimiento de su función, los que simultáneamente le permiten desarrollar, precisamente, esa función. El entorno es fuente de la variedad necesaria para que el sistema exista. La diferencia entorno/sistema crea las unidades, por lo tanto, los sistemas no existen sin su entorno, porque las formas no existen sin diferencia.

2.2. Los sistemas.

La teoría parte de una afirmación: los sistemas existen. Tanto el Trabajo, como el Derecho, o el Arte, la Educación, o la Política, entre tantos otros, son formas constatables en el mundo que se organizan como sistemas. Son propiamente sistemas sociales. La teoría añade: “En general, se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características que, si se suprimieran, pondrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema. A veces, también se llama sistema al conjunto de dichas características (...) En el mismo sentido entonces: La afirmación “hay sistemas” sólo quiere decir que hay objetos de investigación con tales características que justifican el empleo del concepto de sistema. Así como al contrario: el concepto de sistema nos sirve para abstraer hechos que son comparables entre sí, o hechos de carácter distinto bajo el aspecto igual/desigual”.³⁵

Entonces, el análisis parte del cambio de paradigma realidad-conocimiento que antes explicamos, el cual consiste en pasar de la distinción entre el todo y las partes (que es una distinción relacional determinada), a la distinción entre sistema y entorno, que no es una cuestión de determinar la relación presente sino la forma de construcción funcional del mismo que es por

³⁵ LUHMANN, N. *Sistemas Sociales...* Op. cit. p27-28. El subrayado es nuestro.

diferencia: “La distinción entre sistema y mundo circundante reconstruye la distinción del todo y sus partes a través del uso de una teoría de la diferenciación sistémica”.³⁶

Luego, tendremos un sistema cuando hay una forma con propiedades que lo distinguen del resto (entorno), marcando la diferencia. Por eso decimos que los sistemas están estructurados hacia el entorno y no pueden existir sin él, coexisten en unidad insalvable. No hay Trabajo fuera de la sociedad, ni hay Derecho fuera de la sociedad, porque el entorno social entrega los elementos sobre los cuales se forma el Trabajo y el Derecho. Junto a los sistemas sociales coexisten los sistemas psíquicos, los sistemas de organismos vivos y los sistemas de maquinarias, todos los cuales constituyen entornos recíprocos.

2.3. El entorno.

Se entiende por entorno “el conjunto de elementos que tiene influjo sobre los elementos del sistema o que son influidos por él, pero que nunca forman parte del mismo”.³⁷ La forma más lata de entorno está compuesta por todos los elementos presentes en el mundo, los cuales son, siguiendo la tradición del Código Civil: cosas corporales e incorpóreas y personas. Éstas son las más genéricas categorías de presupuestos factuales.

2.4. La diferenciación sistémica.

La diferenciación de los sistemas del entorno es un estado dinámico, es decir, es un proceso. Además este fenómeno es de operativa funcional, y para crear el sistema propiamente tal se hace recursiva: “La diferenciación sistémica se concibe como la reduplicación -dentro del sistema- de la diferencia entre sistema y mundo circundante. La diferenciación resulta ser, en

³⁶ Íd. p92.

³⁷ CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio. Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. Trad. Miguel Romero Pérez. Barcelona, Anthropos Edit., 1996. p31.

consecuencia, la forma reflexiva de la construcción de sistemas. En sistemas diferenciados hay dos tipos de ambiente: el externo, común a todos los subsistemas, y el interno, especial para cada subsistema. El proceso continúa a nivel de subsistemas, repitiéndose el mismo mecanismo y llegando a organizaciones de gran especificidad”.³⁸

La diferenciación del sistema se logra por la operación propia de cada sistema. Dicha operación es la que a nivel elemental resuelve un problema, o sea, es una función. Luego, esa operación se asocia a otras de igual naturaleza y deja fuera otras realidades marcando la línea divisoria entre sistema y entorno. Por eso los sistemas logran mantenerse puros en el análisis: aunque hayan indudables relaciones entre Economía, Derecho, Trabajo, Familia, Religión, etc. cada uno contará con una operación propia e interna que no se confundirá con las aledañas, autorreproduciéndose.

Retomando el funcional-estructuralismo, se deja ver con claridad que las operaciones son las que producen (y reproducen) el sistema al diferenciarlo del entorno. Para explicarlo se acuña el término autopoiesis de MATURANA.

2.5. La autopoiesis.

“Los sistemas autopoieticos son los que producen por sí mismos no sólo sus estructuras, sino también los elementos de que están compuestos, precisamente en la trama de estos elementos”.³⁹

“El concepto de autopoiesis fue formulado por el biólogo chileno Humberto Maturana al intentar dar una definición a la organización de los organismos vivos. Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de

³⁸ RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo. Sociedad y teoría de sistemas. 4ª ed. Santiago, Chile, Edit. Universitaria, 2007. p83. El subrayado es nuestro.

³⁹ LUHMANN, Niklas. Teoría de la Sociedad. Guadalajara, Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993. p39.

operaciones internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa. La teoría de los sistemas sociales adopta el concepto de autopoiesis y amplía su importancia. Mientras en el ámbito biológico se aplica exclusivamente a los sistemas vivos, según Luhmann **se individualiza un sistema autopoietico en todos los casos en los que se está en la posibilidad de individualizar un modo específico de operación, que se realiza al interior y sólo al interior dado.** De esta manera se individualizan dos niveles superiores de constitución de sistemas autopoieticos, caracterizados cada uno de ellos por operaciones específicas: sistemas sociales y sistemas psíquicos. Las operaciones de un sistema social son las comunicaciones, que se reproducen con base en otras comunicaciones reproduciendo de esta manera la unidad del sistema, mientras no se presenten comunicaciones fuera de un sistema social. Las operaciones de un sistema psíquico son los pensamientos y no se dan pensamientos más allá del interior de una conciencia. También las operaciones de un sistema psíquico, los pensamientos, se reproducen incesantemente con base en otros pensamientos (...) Vida, pensamiento y comunicación son niveles distintos de autopoiesis, caracterizados cada uno por la propia autonomía”.⁴⁰

Las operaciones son entonces las unidades más elementales del sistema: no se encuentran simplemente ni son simplemente colocadas, sino producidos por el sistema de forma recursiva, por eso “todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por su clausura operativa. Con este concepto se indica el hecho de que las operaciones que llevan a la producción de elementos nuevos, dependen de operaciones anteriores del mismo sistema y constituyen el presupuesto para las operaciones posteriores: esta clausura constituye la base de la autonomía del sistema en cuestión y permite distinguirlo de su entorno”.⁴¹

La autopoiesis es sinónimo de operación propia de cada sistema, y como operación está referida a una función, que consecuentemente será propia de cada sistema. Esto es lo que llamamos diferenciación funcional de los sistemas: el sistema se forma autónomamente cuando desarrolla una función propia a través de operaciones únicas.

⁴⁰ CORSI, G., ESPOSITO, E. y BARALDI, C. Op. cit. p31. El subrayado es nuestro.

⁴¹ Ib.

Entonces, es necesario mantener la diferencia con el entorno lo que se logra a través de autopoiesis clausurada en su operación, pero también es necesaria la orientación cognitiva (de aprendizaje) hacia el entorno para tener algo sobre lo que operar. La relación con el entorno es posible gracias a los acoplamientos estructurales.

2.6. La clausura operativa, los acoplamientos estructurales y la autoirritación.

La clausura operativa sólo significa que la autopoiesis se realiza con operaciones propias, y que del resultado de estas operaciones depende la realización de las posteriores. Sin embargo, los sistemas cerrados en su operación son sistemas abiertos cognitivamente al entorno, del cual ganan complejidad, a través de los acoplamientos estructurales, que es reducida dentro del sistema por las operaciones recurrentes. Ya lo hemos dicho: no hay Trabajo, ni Derecho fuera de la sociedad, porque ésta entrega los elementos que cada uno de estos sistemas reduce a través de sus operaciones.

Los acoplamientos estructurales son formas de relación: “Los sistemas autopoieticos están determinados por la estructura, en el sentido en que sólo las propias estructuras del sistema pueden establecer las operaciones que efectúa; se excluye el hecho de que los datos del entorno puedan determinar lo que acontece en el sistema (clausura). No obstante, todos los sistemas necesitan muchos presupuestos factuales en su entorno, que no pueden producirse ni garantizarse por ellos mismos: es decir, presuponen un continuo de materialidad necesario para su existencia. La reproducción de la comunicación, por ejemplo, necesita de un ambiente físico compatible con ella y con la reproducción de organismos, de la disponibilidad de sistemas psíquicos para que puedan participar en la comunicación, así como de muchas otras condiciones que se dan normalmente por supuestas.

A través de otro concepto de Maturana, se indica como acoplamiento estructural la relación entre un sistema y los presupuestos del entorno que deben presentarse para que pueda continuar dentro de su propia autopoiesis. “Todo sistema en este sentido se adapta a su entorno: si no fuera de esta manera, no podría existir. Dentro del espacio de posibilidades disponibles

realiza sus operaciones en condiciones de absoluta autonomía: acoplamiento estructural y autodeterminación del sistema se encuentran en una relación ortogonal, en el sentido que aun presuponiéndose no pueden determinarse recíprocamente. El entorno puede afectar el sistema únicamente en cuanto produce irritaciones (o problemas o perturbaciones) que se reelaboran internamente: sin embargo, las irritaciones también son construcciones internas, que resultan de una confrontación de los eventos con las estructuras propias del sistema: la irritación es siempre una realidad de autoirritación, partiendo eventualmente de eventos del entorno”.⁴² Es como en el Trabajo: la creación de una nueva máquina significa una suma factual del entorno, y en especial un acoplamiento con el sistema tecnológico de la sociedad, es decir, una relación con aquél. Pero sólo dentro del sistema de Trabajo se decidirá si esa máquina es relevante o irrelevante para él. Lo mismo ocurre, incluso, con la pregunta que causa esa decisión.

Se señala además que los acoplamientos estructurales son restrictivos, es decir, selectivos en cuanto a las relaciones del entorno que captan, de manera que no todo lo que ocurre sea motivo de irritación para el sistema, a la vez que asegura que aquello que sí es relevante, lo sea lo suficiente como para tomarlo en cuenta, para percibirlo, para irritarse por ello. En este último sentido provocará concentración de la irritabilidad. Así, los instrumentos de raíz colectiva que se han desarrollado en la legislación laboral son un buen ejemplo, en especial, la negociación colectiva y el derecho a huelga, en cuanto se transforman en vías por las cuales transitan concentradamente intereses laborales individuales (v. Infra. Cap. III, 2.1.2.).

Volviendo a la diferenciación sistémica, lo que logran las operaciones específicas de cada sistema es reducir complejidad, por eso tenemos como resultado que el sistema es menos complejo que su entorno.

2.7. La complejidad.

⁴² CORSI, G., ESPOSITO, E. y BARALDI, C. Op. cit. p19. El subrayado es nuestro.

La complejidad que definimos en el capítulo anterior como un exceso de posibilidades en el mundo, requiere de mecanismos de reducción, esto es, mecanismos que desarrollen “procesos de mediación entre la complejidad del mundo y la actualidad de la experiencia”.⁴³ Reducir complejidad es la función general de los sistemas, y la forma en que lo hacen es a través de sus operaciones.

“La complejidad sistémica nos remite tanto a variables cuantitativas, tales como la cantidad de elementos y sus posibles relaciones, como a la diferencia horizontal y vertical de un sistema y a los modelos y grados de interdependencia entre sus partes y entre éstas y sus entornos, así entendida la complejidad es una relación entre un sistema y sus entornos, y en consecuencia un fenómeno relativo. El concepto de complejidad conduce a la obligatoriedad de la selección, la que a su vez nos remite a la contingencia”.⁴⁴

2.8. La contingencia.⁴⁵

Decimos que algo es contingente cuando representa sólo una posibilidad elegida entre otras de equivalencia funcional. Un ejemplo ya citado: la posibilidad de trabajar en el hogar o fuera de él o la determinación del monto de remuneración para una jornada de trabajo son (en especie) dos cuestiones que pueden resolverse de múltiples maneras excluyentes.

“Mientras la complejidad es inherente al mundo la contingencia es propia de los sistemas sociales y está en relación con la gama de posibilidades de acción de que ellos disponen. El problema de la contingencia se encuentra, virtualmente, siempre presente cuando está dado un sistema psíquico que experimenta sus posibilidades de acción y la necesidad de

⁴³ LUHMANN, N. *Confianza...* Op. cit. p25.

⁴⁴ RODRÍGUEZ, D. y ARNOLD, M. Op. cit. p100.

⁴⁵ El concepto es acuñado por Santo Tomás de Aquino, para quien la contingencia es la esencia de todas las cosas creadas, el ser así pero poder ser de otro modo, el existir pero poder no existir, o no existir y poder no existir. Véase Diccionario de Filosofía [en línea] < <http://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/SantoTomas/Contingencia.htm> > [consulta: 17 agosto 2008].

actuar selectivamente”.⁴⁶ Una acción representa, entonces, la elección de una alternativa entre varias posibles.

La contingencia va más allá y plantea un problema que ha sido denominado “doble contingencia”. Este término recuerda que la contingencia de un sistema repercute sobre la de otro(s). Las posibilidades que se dan en un ámbito significan más posibilidades para otro, aunque para este último, de forma inestable: “Tanto ego como alter tienen muchas posibilidades de acción, y la selección que cada uno haga es contingente a la elección del otro”.⁴⁷ Para un sistema la contingencia será alternativas de selección, para el otro(s), en cambio, será incertidumbre. Así, para alter trabajar en su hogar es una opción, pero para ego esto es incertidumbre al no conocer por cuál alternativa decantará alter; para ego es una incertidumbre en cuanto no conoce si alter ofrecerá trabajo para el hogar o no. Por ello es preciso estabilizar las expectativas interrecíprocas a través de criterios compartidos y entendidos por los agentes de los distintos sistemas.

La dialéctica entre contingencia y complejidad tiene como síntesis el concepto de sentido.

2.9. El sentido.

Si la realidad social es construida y no prefijada, y la construcción de ella se hace por selecciones que reducen complejidad, esta realidad será siempre inestable. Pero así no es posible vivir. Por eso, se hace necesario compartir un hilo conductor del mundo, unas mismas formas de selección a pesar de las diferencias entre los sujetos (p. ej. viajar al trabajo en vehículos de locomoción colectiva, con lo que se asegura una alta probabilidad de asistencia a las labores, ergo, una disminución de incertidumbre), una misma forma de significación de los objetos en el mundo (saber que tales o cuales vehículos pertenecen a la locomoción colectiva). Esto es el sentido: una estrategia selectiva de posibilidades que funciona como una forma de ordenación de la experiencia humana y de la información conseguida a través de ella.

⁴⁶ RODRÍGUEZ, D. y ARNOLD, M. Op. cit. p103.

⁴⁷ Ib.

El razonamiento hasta aquí llevado, hace posible comprender que sin contingencia, sin “doble contingencia”, no puede haber sentido. El sentido es la conexión entre lo actual y lo posible, aunque no es ni lo uno ni lo otro. El sentido sólo puede estar basado en la inestabilidad de los elementos. La estructura del sentido es la diferencia entre actualidad y potencialidad, y la función de esta estructura es la organización de la atención de manera alternante entre la actualidad (cierta, pero inestable) y la potencialidad (incierto, pero estable).⁴⁸

La complejidad y la contingencia (que de ella deriva) constituyen sin duda un problema, pero al mismo tiempo son condición *sine qua non* para el surgimiento de los sistemas sociales.

“Los límites de un sistema social no son límites físicos sino de sentido. Es mediante estos límites de sentido que el sistema social establece su diferencia en relación con su entorno; mediante estos límites queda definido lo perteneciente y lo no perteneciente al sistema, lo que dentro de él tiene sentido y lo que no lo tiene”.⁴⁹

Según los elementos hasta aquí revisados, **un sistema es una forma distinta del entorno que se recrea a través de operaciones propias y específicas que reducen la complejidad de este último, a través de selecciones que son contingentes y que crean sentido, diferenciando éste de aquél.** En el siguiente punto aplicaremos dichos elementos a la sociedad.

3. La sociedad como sistema social autopoietico.

La definición de la sociedad sólo puede ser autorreferente, hecha por ella misma; “el intento de describir la sociedad puede efectuarse sólo en la sociedad, es decir, hace uso de la

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. Complejidad y sentido. En su: Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia. Editado y trad. por BERIAIN, Jostxo y GARCÍA, José María. Madrid, Trotta Edit., 1998. pp25-30.

⁴⁹ RODRÍGUEZ, D. y ARNOLD, M. Op. cit. p103. El subrayado es nuestro.

comunicación, activa relaciones sociales y se expone a la observación. Entonces, de cualquier manera que se pretenda definir el objeto, la definición misma es ya una operación del objeto. La descripción realiza lo descrito: en el momento en que tiene lugar debe describirse a sí misma (...) debe presentar un componente *autológico*”.⁵⁰

La sociedad es un objeto altamente complejo y por lo tanto para su explicación y comprensión también requiere de un método y una teoría altamente complejos. La misma afirmación es aplicable al Derecho y al Trabajo. Las ciencias sociales siempre se han autolimitado por consideraciones que apuntan a la falta de idoneidad de los métodos ante la supercomplejidad del objeto que estudian (este objeto no es otro que la humanidad misma, en toda su dimensión de profundidad y complejidad). Esto sustraería al objeto sociedad de un análisis científico cuyo prototipo es el de las ciencias exactas, y discurriría más bien hacia el horizonte de las ciencias filosóficas que tienden a no ser exactas.

Ahora, resulta evidente que el entendimiento de una acción humana es totalmente distinto al de la explicación de un hecho, pero eso no es óbice para el conocimiento. Es posible, sin caer en un pluripluralismo que actúe como diluyente de cualquier objetivación, una conceptualización del objeto de estudio de las ciencias sociales, la sociedad, más todavía si el concepto se inicia en la misma complejidad que lo hace, a priori, inmanejable. Para lograrlo es necesario trabajar sobre los elementos que obstaculizan la correcta comprensión de la sociedad.

“Estos obstáculos que bloquean el conocimiento están presentes en la idea de sociedad que hoy prevalece y se manifiesta en la forma de tres hipótesis que se relacionan y se sostienen recíprocamente:

1° Que una sociedad está constituida por hombres concretos y por relaciones entre hombres.

2° Que las sociedades son unidades regionales, territorialmente delimitadas, por lo cual Brasil es una sociedad distinta de Tailandia, los Estados Unidos son una sociedad distinta de lo que hasta ahora se ha llamado Unión Soviética, y también Uruguay es una sociedad distinta de Paraguay.

⁵⁰ LUHMANN, N. *Teoría de la...* Op. cit. p27.

3° Y que las sociedades, por tanto, pueden ser observadas desde el exterior como grupos de hombres o como territorios”.⁵¹

Acá se va a producir un quiebre definitivo: las concepciones clásicas de la sociedad colocan al hombre como su protagonista; la teoría sistémica propuesta por LUHMANN, no. Siendo el concepto de autopoiesis constituyente de esta teoría, es sustentable la siguiente afirmación: “La sociedad no se reproduce por el hecho de que las células del hombre se transformen. “La sociedad no vive”, y tampoco se puede considerar que los procesos neurofisiológicos sean como los procesos sociales, los que de por sí son inaccesibles a la conciencia humana”.⁵² Los individuos pasan y la sociedad se mantiene; los límites territoriales se expanden y contraen y la sociedad se mantiene.

Luego, al sacar del centro del concepto a las personas y a los territorios, lo radical de la teoría funcional-estructuralista nos dice que la pregunta está dirigida a las operaciones de la sociedad como sistema, porque éstas constituyen sus elementos más fundamentales que lo crean y recrean, y no a presupuestos factuales como los individuos o espacios.

El concepto de sociedad está dado por la misma sociedad y se deriva de la operación que autopoieticamente la diferencia del entorno, reduciendo la complejidad de éste mediante selecciones de elementos (dentro de los cuales quedan incluidos los individuos), las que son contingentes y crean sentido. La sociedad es una sumatoria de operaciones que reúnen las características dadas.

“El hecho de que, a pesar de todas estas evidencias, persista el aferrarse a un concepto humanístico de sociedad, es decir, a un concepto que tiene su referencia esencial en el hombre, quizá esté condicionado por el temor a quedarse sin una medida para evaluar la sociedad, y por lo tanto, sin el derecho a pretender que la sociedad se haya de organizar de modo humano.

⁵¹ Íd. p31-32.

⁵² ARRIAGA, E. Op. cit. p288. El subrayado es nuestro.

Aunque así fuera, sería necesario establecer antes que nada qué produce la sociedad a los hombres y por qué sucede esto”.⁵³

¿Cuál es la operación que dentro del mundo crea al sistema sociedad?

3.1. La operación propia de los sistemas sociales: la comunicación.

“La teoría general de los sistemas autopoieticos exige, que se indique con precisión la operación que realiza la autopoiesis del sistema y que, de ese modo, delimita al sistema con respecto a su entorno. En el caso de los sistemas sociales, esto sucede mediante la comunicación. La comunicación tiene todas las propiedades necesarias para la autopoiesis del sistema: es una operación genuinamente social (y la única genuinamente tal). Es una operación social porque presupone el concurso de un gran número de sistemas de conciencia, pero precisamente por eso, como unidad, no puede ser imputada a ninguna conciencia sola. Es social porque de ningún modo puede ser producida una conciencia común colectiva, es decir, no se puede llegar al consenso en el sentido de un acuerdo completo; y sin embargo, la comunicación funciona. Es autopoietica y es otra versión del mismo argumento en la medida en que puede ser producida sólo en un contexto recursivo con otras comunicaciones y, por tanto, sólo en una trama a cuya reproducción concurre cada una de las comunicaciones”.⁵⁴

La comunicación tiene el esquema básico de información/acto comunicativo/recepción, donde lo fundamental es la recepción, la cual significará más comunicación, o sea, recursividad. Aun una respuesta negativa o la ausencia de respuesta importarán una recepción previa, y una información transmitida posterior; pero si no hay recepción no hay comunicación. La comunicación explica el sentido y la contingencia porque carga con esos elementos como información dentro del arco comunicativo y crea los sistemas sociales por medio de operaciones recursivas.

⁵³ LUHMANN, N. *Teoría de la...* Op. cit. p33. El subrayado es nuestro.

⁵⁴ Íd. p45. El subrayado es nuestro.

En este sentido, la comunicación constituye una forma de supervivencia que da paso a lo que conocemos como fenómenos sociales (trabajo, educación, crianza, política, etc.) todos los cuales implican acoplamientos conductuales. La idea es que el ser humano pueda mantener una operatividad efectiva que le permita vivir, lo que se logra a través de la comunicación que crea coordinación conductual.⁵⁵

Las comunicaciones dentro de la sociedad son diferenciadas, es decir, se separan unas de otras según la función que cumplan. Así la función de la Economía es posibilitar la reproducción material, su medio es el dinero y su operación los pagos; la función de la Política es la toma de decisiones colectivas, su medio es el poder y su operación la que distingue superior/inferior; la Familia tiene una función emocional de inclusión del sujeto, siendo su operación la intimidad; la Educación cumple la función de formar personas, su operación son las evaluaciones y su medio la carrera o *currículum*; la Ciencia busca generar conocimientos, su operación es la comunicación que distingue entre verdadero/falso y su medio la verdad, etc.

Esta diferenciación significa que los elementos han sido manejados haciéndose distinciones de sentido funcional. Dicho manejo de la información o conocimiento se hace por un proceso previo que puede alcanzar menores o mayores grados: la reflexión, la que a su vez es posible gracias a la característica de racionalidad que posee el ser humano, de ahí que sólo el ser humano posea sistemas sociales reflexivos funcionalmente diferenciados. Esquemáticamente:

Elementos

Elementos + reflexión = información

Información + acto de comunicar + recepción = comunicación.

Comunicación + comunicación + comunicación +...= sociedad.

Comunicación diferenciada + comunicación diferenciada +...= sistema social funcionalmente diferenciado, v. gr. Derecho o Trabajo.

⁵⁵ MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco. El árbol del conocimiento. 19ª ed. Santiago, Chile, Edit. Universitaria, 2007. p121ss.

La comunicación transmite las selecciones contingentes de elementos. Estas selecciones que reducen la complejidad del mundo, van diferenciando el sistema social. Entonces, la sociedad es un sistema autopoietico de comunicación.⁵⁶

3.2. La autorreferencia de los sistemas sociales: Trabajo y Derecho.

La teoría sistémica desarrollada en este capítulo tiene pretensiones de universalidad, en el sentido de querer poder aplicarse con éxito a cualquier sistema social. La pretensión no es antojadiza, muy por el contrario, discurre naturalmente de sus características. En principio, de la misma forma en que lo hiciésemos al comienzo de este capítulo, la teoría sistémica no analiza la sociedad (ni ningún otro sistema dentro de ella), sólo se limita a la descripción de lo que es un sistema, asumiendo la responsabilidad posterior de probar sus aciertos y flaquezas en la práctica. En efecto, esta teoría social es un instrumento de reflexión de la misma sociedad y en cuanto toda comunicación que se produzca ocurrirá dentro de la sociedad, se logra la autoobservación o autorreferencia.⁵⁷

“El sistema social es autorreferente, lo que significa que se refiere a sí mismo tanto en la constitución de sus elementos como en sus operaciones fundamentales. El sistema se diferencia

⁵⁶ La sociedad a través del tiempo y antes de llegar a la actual diferenciación funcional se habría diferenciado en tres formas. La primera etapa caracteriza a la sociedad diferenciada segmentariamente por criterios naturales de género, familias, edad, etc. La segunda etapa era marcada por una diferencia comunicativa entre centro y periferia basada en criterios geográficos: nacional/extranjero, campo/ciudad, etc. La estratificación fue el tercer criterio de diferenciación: siervo/noble, peón/patrono, etc. La sociedad moderna está diferenciada funcionalmente por su evolución semántica.

⁵⁷ “El concepto de autorreferencia designa la unidad constitutiva del sistema consigo mismo: unidad de elementos, de procesos, de sistema. “Consigo mismo” quiere decir independiente del ángulo de observación de otros (...). Se puede denominar a un sistema como autorreferente cuando los elementos que lo constituyen están integrados como unidades de función, y en todas las relaciones entre estos elementos corre paralela una remisión a la autoconstitución; de esta manera se reproduce continuamente la autoconstitución. Así, los sistemas autorreferenciales operan necesariamente por autocontacto (...) son sistemas cerrados, ya que no admiten otras formas de procesamiento en su autodeterminación (...). La teoría de los sistemas ha dado un paso hacia delante al cambiar el sitio de la autorreferencia, al no pensarla en el nivel de la formación de las estructuras y trasladar el cambio de estructuras al nivel de la constitución de los elementos.” LUHMANN, N. *Sistemas Sociales...* Op. cit. p55ss.

respecto a un entorno y utiliza internamente esas diferencias sistema/entorno como principio orientador y generador de información.

Un sistema social como el descrito no tiene, por tanto, la calidad de constructo analítico. La utilidad de la teoría de sistemas no radica en dar una interpretación de la realidad, como si ésta fuese un objeto externo. La teoría de los sistemas sociales es una teoría de sistemas autorreferentes, y como tal debe considerarse a sí misma como uno de sus objetos de estudio. De allí la teoría desprende sus pretensiones de universalidad. Los sistemas sociales autorreferentes pueden observarse empíricamente, con lo que se desciende del plano puramente categorial a un concepto de sistema empírico".⁵⁸ Se pueden autoobservar la Ciencia, la Familia, la Política, la Religión, etc.

Asumiendo la responsabilidad de una teoría autorreflexiva y universal, el siguiente paso en nuestra investigación es lógico: se trata de aplicar el básico marco teórico conceptual desarrollado hasta ahora al Trabajo y al Derecho, para demostrar que pueden ser concebidos como subsistemas sociales y, para luego, mostrar el resultado de la interacción entre ellos (y los demás espacios sociales) que se desarrolla en un ámbito especial denominado Derecho del Trabajo. Antes se desarrollarán breves consideraciones a las concepciones clásicas de ambas áreas.

4. Breves consideraciones a las concepciones clásicas del Trabajo desde las ciencias sociales.

Las concepciones a que hacemos referencia se vinculan a la idea de sentido antes tratada. El sentido significa una manera determinada de selección de elementos entre otras posibles, es siempre una significación de los objetos en el mundo. En este apartado demostramos la contingencia que tiene el concepto de Trabajo, ya que cada ciencia o área de conocimiento reunirá los elementos que le plazca y de la manera en que le plazca para determinarlo. Será éste el sentido que den al Trabajo.

⁵⁸ RODRÍGUEZ, D. y ARNOLD, M. Op. cit. p88. El subrayado es nuestro.

Ante la interrogante ¿qué es Trabajo? la respuesta variará según el área de conocimiento que se interpele, sin embargo, es posible determinar un tipo de relación constante en cada uno de ellos, y que no es otra que el acto comunicativo. No puede ser de otra forma: el sistema de relaciones laborales se da en la sociedad y la única operación propiamente social es la comunicación.

Por eso, en nuestra propuesta el Trabajo es una respuesta adaptativa del ser humano en función de su propia sobrevivencia, que se concreta bajo la forma de un mecanismo social que busca reducir la complejidad del mundo. Todas las concepciones humanistas que veremos tendrán al Trabajo como una realidad que busca la supervivencia del individuo en la sociedad. Al ser una respuesta social, su operación básica siempre será la comunicación la cual será capaz de integrar las concepciones fragmentarias que revisaremos a continuación.

4.1. Concepción económica.

El análisis de la estructura y funcionamiento de la economía, parte de la premisa de que todas las personas que forman parte de un grupo social participan de una u otra manera en el proceso económico; esta participación no sólo incluye a los habitantes activos, sino también a los pasivos. Dicha participación de las personas tiene lugar en las dos grandes fases del proceso económico, es decir, tanto en la fase de producción como en la fase de utilización de esa producción.

Así, en la fase de producción, que opera en las llamadas unidades económicas o empresas, las personas participan proveyendo los servicios de los recursos productivos en sus diversas formas. De este modo podemos hacer una triple distinción en la provisión de servicios al proceso de producción, y en primer término es posible distinguir a aquellas personas que proveen los servicios del recurso humano. Estas personas constituyen una categoría particular de agentes de producción, y se denominan trabajadores.

En segundo lugar hay agentes que proveen los servicios de recursos no humanos, es decir, los recursos como la tierra y el capital. En una economía como la nuestra, con propiedad privada de los recursos, este papel lo cumple una categoría especial de agentes productivos que se denominan propietarios.

En tercer y último término existe una categoría de agentes productivos quienes organizan el proceso. A esta categoría corresponden las personas que, sirviéndose de los recursos productivos, proceden a elaborar bienes y servicios para abastecer el mercado. Esta categoría es la de los empresarios y se diferencia de las categorías anteriores porque cumplen un rol o papel completamente distinto: el principal elemento de distinción que caracteriza a este agente económico es el riesgo que asume al organizar el proceso productivo.

Hecha la distinción, nos ocuparemos de aquella primera categoría de personas, que pone a disposición del proceso productivo el recurso humano.

En una economía de mercado, el nivel de ocupación, está determinado básicamente por la demanda de trabajo, la que a su vez está determinada por la demanda que existe por los bienes y servicios que dicho trabajo produce: el juego de la oferta y la demanda determina la cantidad de trabajo que se ocupará en un proceso productivo.

Estas consideraciones nos demuestran que el trabajo importa en la economía y que tiene un sentido y valor económico fuera de discusión. Ahora entonces, podemos señalar una aproximación en términos económicos al concepto de Trabajo. El trabajo, en primer término supone un esfuerzo, ya físico, ya intelectual, que se traduce en un resultado; seguidamente este resultado envuelve un valor económico, medible, cuantificable en términos monetarios.

A su vez, el Trabajo envuelve tres funciones distinguibles económicamente hablando. Representa en primer lugar una utilidad personal para el propio trabajador, en tanto constituye un medio de subsistencia del individuo y su familia. En segundo lugar, una utilidad empresarial por cuanto configura un factor de producción que permite la operatividad de la más fundamental unidad económica: la empresa. Finalmente y en tercer lugar, el trabajo envuelve una utilidad social, en tanto es un instrumento que enriquece y acrecienta las riquezas de una sociedad,

permitiendo con ello el incremento de los índices de producción mejorando así el nivel general de vida.⁵⁹ De esta manera, el trabajo como uno de los tradicionales factores de producción de que dispone un país, influye fundamentalmente en el PIB (producto interno bruto) o ingresos de una nación.

En particular, teorías económicas modernas tales como la “teoría del crecimiento”, emplean el término capital humano refiriéndose a los conocimientos y habilidades de las personas susceptibles de incorporarse a la actividad económica, en oposición al trabajo bruto, y le atribuyen la causa de un mayor crecimiento y bienestar. El capital humano se ha convertido en los últimos años en un factor cada vez más relevante en los procesos de crecimiento económico, especialmente en entornos mutables y con un progreso tecnológico continuo. Es así que en el ámbito de la denominada “nueva economía” o economía digital asociada a las TIC (tecnologías de la información y comunicación) se ha referido el capital humano como medio indispensable para la obtención de sus máximos beneficios.

Por otro lado, el desempleo constituye una preocupación fundamental en las políticas económicas de gobierno, en tanto es una variable macroeconómica, siendo sus efectos a nivel de disminución de la producción y, especialmente, en las tasas inflacionarias y distribución de la renta, de severa repercusión en la calidad de vida de las personas.

4.2. Concepción histórica.

Desde esta perspectiva, más allá de una evolución histórica del Trabajo, es posible identificar determinadas visiones acerca de las relaciones de trabajo inspiradas en concepciones diversas. Haremos un poco de historia señalando los principales enfoques que se ha dado al Trabajo como concepto, a partir del fenómeno social, político, económico, moral, entre otros, que significó la Revolución Industrial, y que lo “descubrió” como el elemento fundamental en la relación del hombre con su entorno.

⁵⁹ ALONSO GARCÍA, Manuel. Derecho del Trabajo. Barcelona, José María Bosch, 1960. p14.

4.2.1. Visión liberal clásica.

La Revolución Industrial vino a modificar pautas fundamentales de la convivencia social, particularmente de la relación del hombre con el trabajo y con los demás elementos que comenzaron a incorporarse en el proceso productivo.

El concepto de Trabajo que se generó con el desarrollo comercial e industrial de los siglos XVII a XIX, en las consideraciones de los economistas clásicos -Smith, David Ricardo, Malthus-, por primera vez admite e integra al trabajo como valor económico. Bajo tales apreciaciones el trabajo equivale al ejercicio de las facultades y del esfuerzo humano en tanto dirigidos a la producción de riquezas. El trabajo así, pasa a ser un factor de producción, por tanto mercancía sometida, como los demás factores de producción -tierra y capital- a las leyes de la oferta y la demanda, factor económico que se mide y valora únicamente en función de la utilidad que reporta.⁶⁰

La concepción liberal de la sociedad basada en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, elevó estos principios a pilares fundamentales en las relaciones contractuales entre particulares. Este período se caracterizó por la ausencia de reglamentación en materia laboral. El dominio del capital impuso condiciones injustas de trabajo. Bajo la apariencia de libertad contractual y autonomía de la voluntad, una de las partes impuso sus condiciones, lo que se tradujo en los hechos en condiciones de vida y trabajo paupérrimas, horarios extenuantes, salarios precarios, hacinamiento, insalubridad de los ambientes, marginación del goce de bienes culturales, e incluso trabajo infantil.

Los fundamentos clásicos de la libertad contractual suponen que el sujeto en uso de su voluntad autónoma y dada la igualdad que existe entre los individuos, contrata en paridad de condiciones, y en tal entendido lo convenido por las partes representa lo justo. Sin embargo, en la práctica la realización de estos principios hizo que la Cuestión Social se volviera un fenómeno

⁶⁰ PIETSCH, Max. La Revolución Industrial: De la Maquina de Vapor a la Racionalización. Barcelona, Edit. Herder, 1965. p54.

urgente para las sociedades industriales, y más allá de constituir un problema económico se erigió como una cuestión moral. “Llegamos así a la civilización del contrato (...), basada en el principio liberal de que habiendo el hombre obtenido la libertad política, también ha conseguido la igualdad, que le permite contratar en paridad de condiciones, sin protección alguna. Esta entelequia filosófica y jurídica en la que no creen ni los mismos civilistas, a poco andar comienza a presentar rajaduras y recibe duras críticas desde distintos sectores”.⁶¹

La Revolución Industrial determinó el nacimiento de diversas corrientes que, desde distintos ángulos, exigieron la intervención del Estado en defensa de la clase trabajadora. Nace así la legislación social,⁶² que progresó al paso de las décadas, en lo que hoy conocemos como Derecho del Trabajo.

4.2.2. Visión revolucionaria clásica.

La doctrina de MARX es la base de gran parte de las corrientes socialistas, que se desarrollaron desde la segunda mitad del siglo XIX. Para comprender la concepción marxista hay que circunscribirla en su visión materialista y económica del mundo. Así pues, para esta doctrina constituyen tierra, trabajo y capital los tres factores fundamentales de producción existentes. De la subyugación de uno respecto de otros, nacen los diversos sistemas sociales y políticos imperantes, presentes a lo largo de la historia de la humanidad.⁶³

El materialismo histórico o determinismo económico, analiza la historia según bases materialistas o económicas, en virtud de las cuales los fenómenos políticos, sociales, religiosos, morales e ideológicos tienen por causa, un hecho económico. Es la economía la que provoca las transformaciones históricas. Y en ese entendido, para MARX el trabajo representa el factor fundamental de la producción, y ese trabajo sólo lo constituye el realizado por el obrero, sin que

⁶¹ GARCÍA M., Roberto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc, 1998. p332.

⁶² Ib.

⁶³ ALONSO G., M. Op. cit. p25.

quepa en aquella concepción el que realiza el empresario capitalista. El producto del trabajo en consecuencia, pertenece al obrero. El valor de los bienes lo configura el trabajo invertido por el obrero en producir esos bienes, y la utilidad (plusvalía) que obtiene el patrón resulta ser un despojo, toda vez que el obrero tiene derecho al producto íntegro de su trabajo. El capital resulta ser pues, trabajo ilegítimamente acumulado por los patrones.

Así entendida la dinámica de los principales actores del proceso productivo, las relaciones entre trabajadores y empleadores se dan en un contexto de explotación de la clase trabajadora como tal, en donde “la infraestructura económica se encuentra en poder de un grupo social específico y determina las demás superestructuras de carácter político, religioso y social. Por lo tanto todo problema de orden laboral se subordina a una relación de explotadores y explotados”.⁶⁴

4.2.3. La doctrina social de la Iglesia.

En vista de la realidad existente y recogiendo las conclusiones de la escolástica se fue construyendo la “doctrina social de la Iglesia”, con base fundamentalmente en tres encíclicas: *Rerum Novarum* (1891), *Cuadragésimo Anno* (1931) y *Mater et Magistra* (1961).

La *Rerum Novarum* abogó por la reglamentación de las horas de trabajo y del trabajo femenino y de menores. Asimismo condenó la fijación de un salario insuficiente, y la ausencia de un deber, de estricta justicia, para el patrón de pagar al asalariado una remuneración que le permitiera vivir en condiciones humanas. “En palabras propias del Papa León XIII, el trabajo no es otra cosa que el ejercicio de la propia actividad enderezado a la adquisición de aquellas cosas que son necesarias para los varios usos de la vida y principalmente para la propia conservación”.⁶⁵ Posteriormente es complementada por la encíclica *Cuadragésimo Anno* del Papa Pío XI.

⁶⁴ WALKER E., Francisco. Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho vivo. Santiago, Chile, Universitaria, 2003. p34.

⁶⁵ ALONSO G., M. Op. cit. p26.

En este orden de ideas, el trabajo ocupa un lugar central en la vida humana y constituye un instrumento de perfección del hombre. El hombre transforma la naturaleza y, a su vez, se realiza a sí mismo como persona. El trabajo, como expresión y perfección de la naturaleza y del hombre tiene una dimensión personal; otra dimensión es la familiar; y en cuanto perfección y humanización del cosmos tiene una dimensión cósmica.

4.3. Concepción jurídica.

Jurídicamente el Trabajo tiene un significado, y puede ser objeto y materia para su regulación por parte del Derecho. En cuanto prestación, “consiste en el despliegue de las energías humanas en pro de otra persona (...); es el despliegue de energías humanas el elemento principal de la prestación, sobre el cual se desarrolla un núcleo de relaciones jurídicas”.⁶⁶

Dado que el Trabajo es un fenómeno que se extiende a todo el conjunto social y a las relaciones que en él se generan, es posible establecer una serie de normas jurídicas reguladoras de esta institución. Según ALONSO GARCIA,⁶⁷ los aspectos que cabe descubrir en el trabajo jurídicamente entendido son:

- Una actividad humana desarrollada por la misma persona física;
- Que esa actividad esté encaminada a la obtención de una utilidad material apreciable;
- Que esta actividad engendre una relación jurídica por medio de la cual un individuo se obliga a prestar sus energías laborales a cambio de una retribución;
- Que la prestación se realice bajo la dependencia y dirección del acreedor del trabajo.

Así, podemos señalar que la realidad social de que se hace cargo el Derecho del Trabajo, es un tipo particular y característico de trabajo que cumple con ciertas peculiaridades específicas. El trabajo regulado por el Derecho del Trabajo es aquél, humano (desarrollado por el hombre, ya sea utilizando sus capacidades físicas, como el trabajo manual, ya sea desarrollando sus

⁶⁶ Íd. p33.

⁶⁷ Íd. p33-34.

habilidades mentales, como es el trabajo intelectual, o bien una combinación de ambos),⁶⁸ productivo (el hombre que realiza una labor despliega su esfuerzo físico con la finalidad de obtener por medio de éste, los bienes materiales y económicos necesarios para su subsistencia, entendiendo también a su vez, que su subsistencia no comprende sólo la satisfacción de sus necesidades biológicas, aquéllas que le permitan únicamente mantenerse vivo, si no también comprende la posibilidad de entrar en el goce de los bienes culturales y sociales que su lugar y tiempo le ofrecen), por cuenta ajena (resulta esencial que esa ajenidad del resultado se atribuye al otro desde el momento mismo de la producción, lo que trae como consecuencia un efecto clave: el producto del trabajo pertenece desde su origen a un tercero y nunca al trabajador),⁶⁹ libre (el trabajador dotado de razón como está, y en conformidad a la satisfacción de sus necesidades e intereses, por un acto de voluntad, decide a quién atribuirá el producto de su trabajo)⁷⁰ y además subordinado (entendido como un estado de dependencia real, producido por el derecho del patrono de dirigir; de donde surge para el obrero la obligación de someterse a sus órdenes).⁷¹

4.4. Concepción psicológica.

Se plantea que en occidente el mundo del Trabajo vive una profunda transformación en el contexto del capitalismo flexible, por cuanto se ha transitado desde una experiencia del trabajo

⁶⁸ ALONSO OLEA, Manuel. Introducción al Derecho del Trabajo. 4ª ed. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1981. p23.

⁶⁹ El término ajenidad se entiende en un sentido jurídico estricto, próximo al término enajenación, en cuanto transferencia de titularidad, y no se ha utilizado este último, por cuanto el fenómeno que aquí se produce, no representa propiamente una transferencia, ni una adquisición derivativa, por cuanto más oportunamente, estamos en presencia de una adquisición originaria. Íd. p36.

⁷⁰ “El trabajo entonces, es libre dado que es voluntariamente aceptado por la persona del trabajador, y a su vez, voluntariamente ejecutado por el mismo”. Íd. p37.

⁷¹ Sin perjuicio de que alguna parte de la doctrina discute su reconsideración como característica, el profesor ALONSO OLEA plantea que la dependencia en el trabajo es una consecuencia de la ajenidad del mismo. Señala que “si los frutos del trabajo por cuenta ajena, pertenecen originariamente a una persona distinta de la que trabajó, entonces ésta se reserva la potestad de dirección o control sobre qué frutos deben producirse y cómo deben realizarse”. Íd. p39.

como medio de sustento material y elemento estructurador de la vida social, hacia una época de precarización y cierto deterioro de la experiencia laboral. En este sentido se pronuncia BLANCH⁷² exponiendo respecto al efecto que ocasionan las mutaciones estructurales en el ámbito productivo lo siguiente:

1.- La funcionalidad casi meramente económica del subempleo y también psicosocial del empleo. El empleo estable, convencional sigue “actuando como factor vertebrador de la identidad y de los proyectos personales y laborales” mientras que “el subempleo (estatus laboral de persona que ocupa un puesto de categoría significativamente inferior a la propia cualificación profesional o que trabaja en condiciones por debajo de lo que viene siendo normal en su entorno social) no estructura propiamente un modo sustantivo de ser sino más bien un proceso adjetivo de estar en la sociedad”. A su vez “se idealiza el empleo estable y casi todo el mundo reconoce que el empleo precario e inestable impide desarrollar planes personales y laborales.”

2.- La instrumentalidad y expresividad del valor trabajo: ¿por y para qué trabaja la gente? El trabajo se mantiene como un valor central, pero de un modo distinto al advertido en la modernidad industrial; así el personal empleado clásico (hoy en vías de constituir una minoría importante) trabaja sintiéndose hábil, útil, realizado y también lo hace para ganar dinero, en cambio las personas subempleadas trabajan básicamente para obtener el dinero que les permita expresarse y realizarse en el ámbito del ocio y consumo.

3.- El significado axiológico del trabajar. En cuanto al significado del trabajar, y partiendo de la base de que es una actividad cuyo fin trasciende ampliamente el ámbito de lo meramente económico y que constituye a su vez una categoría central de la experiencia humana, personal y social, concluye que:

a) En cuanto centralidad del trabajo, persiste la importancia y valoración del trabajar como un aspecto vital, reforzándose su aspecto instrumental en cuanto es fuente de dinero;

⁷² ESTUDIO Internacional sobre la calidad de la experiencia laboral en el capitalismo flexible por José María Blanch “et al”. En: SEMINARIO Trabajo, Identidad y Vínculo Social (2005, Santiago). Trabajo, Identidad y Vínculo Social: Reflexiones y experiencias en el capitalismo flexible. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006. p75ss.

b) En cuanto a normas societales sobre el trabajar, hay una escasa comprensión de las facultades y derechos que implican la relación de trabajo, mientras que existe una predominante concepción del trabajo en términos de las obligaciones inherentes;

c) En cuanto resultados valorados del trabajar y metas laborales preferidas, por un lado se aprecia un refuerzo del dinero como resultado más esperado y por otro, una crisis respecto a las expectativas y metas laborales, asociada a la percepción de un futuro laboral inseguro e incierto.

4.5. Concepción sociológica como sistema de relaciones industriales.

La teoría clásica de las relaciones industriales (DUNLOP, CRAIG, HYMAN) concibe a éstas como un escenario de conductas sociales estructuradas en un sistema de acción social, donde varios sujetos: trabajadores y sus organizaciones, empleadores y sus organizaciones, y el gobierno y sus instrumentos de acción pública, asumen un conjunto de roles, en un contexto intermediado por factores culturales compartidos con el propósito de difundir las normas que regirán la conducta laboral, el reparto de beneficios o compensaciones entre los actores y las acciones de control de la relación social en función de los objetivos de aquéllos.

“Un sistema de relaciones industriales se compone de tres grupos de actores o participantes: los trabajadores y sus organizaciones, los gerentes y sus organizaciones y los organismos estatales que se ocupan del lugar y comunidad de trabajo. Estos grupos interactúan dentro de un medio determinado que se compone de tres contextos relacionados entre sí: la tecnología, el mercado o las restricciones presupuestarias y las relaciones de poder en la comunidad mayor y la posición derivada de los actores. El sistema de relaciones industriales crea una ideología o un conglomerado compartido en forma común de ideas o creencias respecto a la interacción y los papeles de los actores, el que ayuda a mantener la amalgamación del sistema”.⁷³

⁷³ DUNLOP, John. Sistemas de relaciones industriales. Santiago, Chile, Edit. El Pacífico, 1967. p283. El subrayado es nuestro.

Esta teoría posee las pretensiones de amplitud propias de la sistemática, en cuanto se reconoce que “el concepto de sistema de relaciones industriales es deliberadamente variable en su alcance; puede usarse para caracterizar un lugar de trabajo inmediato, una empresa, un sector o un país en su totalidad. [Sin embargo,] la estructura formal del sistema y su lógica interna no varían”.⁷⁴

La teoría sociológica del Trabajo como sistema de relaciones industriales, es incompatible con la teoría general de los sistemas sociales hasta aquí esbozada debido a que, al no basarse en una diferenciación funcional de los diferentes tejidos sociales, confunde el entramado del sistema de Derecho y el entramado del sistema de Trabajo, los cuales veremos cumplen roles distintos. No obstante, obtenemos dos elementos destacables de ella (aparte del enfoque sistémico): el carácter intersubjetivo y el estado dinámico de persistencia o desarrollo temporal que tiene el trabajo, implícitos en el concepto de “relación”; el otro aporte es la interacción entre los sujetos (empleadores, trabajadores, Estado) del que surge un conjunto común de ideas o creencias acerca del funcionamiento o estructura del sistema. Es la idea de sentido que aparece nuevamente y se trata de cómo es que a través de él y de la semántica, emergen órdenes sociales evolutivos o involutivos.

5. Teoría Social y Sistémica del Trabajo.

5.1. Necesidad de replantear el entendimiento del Trabajo.

Esta parte de la investigación corresponde a un segmento científico no estrictamente jurídico de las relaciones de trabajo, ubicándose más propiamente en el área de la sociología. Sin embargo, abogamos por una concepción sociológica del Derecho y del Trabajo, pues si bien son

⁷⁴ Ib.

realidades bien conocidas en el mundo, no fluyen de aquél como si fuesen aguas, ni tampoco se extraen como los minerales. De ahí que el concepto de fuentes del Derecho sea tan multívoco e impreciso.⁷⁵ Así como el Derecho es una abstracción creada por la más ardua reflexión, el Trabajo también es un constructo social creado como forma de coordinación conductual a través de semánticas prolongadas. En ambos casos, estamos frente a creaciones sociales.

De las consideraciones derivadas de un estudio de este estilo surgen aportaciones más cercanas a las premisas materiales del Derecho del Trabajo. Por tanto, como el objetivo de esta investigación no es la creación, revisión, ni crítica de las razones justificatorias materiales o sustantivas de las normas de Derecho del Trabajo, sino la reubicación de la judicatura en el plano del sistema de relaciones laborales, lo que desarrollaremos es un análisis descriptivo del sistema de Trabajo, siempre desde la visión funcional-estructuralista que inspira la teoría sistémica seguida. El objetivo de esta metodología es lograr la observación de segundo orden (la del sistema que se observa a sí mismo), pues nos interesa la forma que adquiere el Trabajo como sistema, para comprender desde la creación de esa misma forma, la tensión que se intensifica en ella y la manera en que se llega a relajar esa tensión para evitar el colapso, sin entrar al examen exhaustivo de elementos y relaciones en juego, sino dejar presupuestado, en algún nivel de abstracción, la interacción de ellos.

Ya hemos analizado las concepciones del Trabajo desde distintas disciplinas de las ciencias sociales, si predomina la visión humanista es porque ésta es la que se ha avocado con afán a su estudio. Desde las mismas ciencias humanas de mayor abstracción como la filosofía, y de aquéllas de mayor aplicación práctica como la política y el Derecho, surge la necesidad de redefinición o redimensión de un concepto que siempre va a terminar en una expresión material concreta: el trabajo desarrollado en el día a día por el obrero, el médico, el profesor, el agricultor, etc. Es necesario revisitar conceptos tan importantes como el Trabajo, para darnos cuenta de la línea que éstos van siguiendo en la cultura y evitar que sus desarrollos erróneos terminen en situaciones peligrosas para la comunidad.

⁷⁵ BASCUÑÁN V., Antonio. Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno (apuntes de la cátedra de Introducción al Derecho). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998. p11ss.

Los desarrollos intelectuales relativos al Trabajo han estado marcados por una distinción que se transforma en eje: la oposición entre trabajo y capital. Sin embargo, creemos que esta distinción es errónea y que ha acarreado tremendos problemas sociales. La oposición capital-trabajo es obsoleta y sólo sobrevive gracias a organizaciones que se basan en ella. Estas organizaciones ya no son de clase sino participativas, que utilizan la mentada oposición como mero ritual. Por eso se señala que “esta oposición es una gran “desviación semántica errónea” con consecuencias peligrosas. Provocó, por ejemplo, la división de la U.R.S.S. y E.E.U.U. en dos sistemas sociales distintos y opuestos en vez de dos regiones del mismo sistema moderno, generando así la posibilidad de una catástrofe político militar”.⁷⁶ En el caso de nuestro país, sí se llegó a la catástrofe político-militar con su máxima expresión en el año 1973.

Ahora bien, desde la morfogénesis del Trabajo surge una urgencia de revisión conceptual, la cual no es más que un efecto de la modificación de la forma del sistema, la que a su vez viene dada por la modificación de sus límites, que son de sentido; si los objetos se construyen desde la diferencia derivada de un contraste, tenemos que las ambivalencias actuales en materia laboral dan origen a tensiones en los límites de la forma del sistema de Trabajo que lo hacen impreciso: si paralelamente en nuestra sociedad se da el uso de la más moderna tecnología aplicada al trabajo y por el otro, de la más clásica mano de obra, si existen brechas salariales gigantescas entre distintos sectores de la población, si el porcentaje de trabajadores informales se acerca al del sector formal, etc., entonces, los conceptos, las discusiones, las proyecciones, los discursos, los ideales y los modelos relativos al entendimiento del Trabajo acusan el recibo de todas las tensiones, resultando tambaleantes, inconsistentes, incongruentes.

Luego, las desviaciones culturales que resultan de la situación descrita pueden ser muy perniciosas. Un claro ejemplo de las ambivalencias laborales se observa en las regiones latinoamericanas en desarrollo: “En un extremo, los apocalípticos ven a Latinoamérica como una región en que se suman todos los males acumulados del pasado y del presente: insuficiencia dinámica del sistema productivo para incorporar a las grandes masas de jóvenes que entran a competir en el mercado laboral; nuevas exclusiones generadas por la diseminación lenta, pero real, de la Tercera Revolución Industrial; persistencia viscosa de altísimas tasas de subempleo e

⁷⁶ KOHLER, H. y ARTILES, M. Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales. Madrid, Delta, 2005. p180.

informalidad; formas de flexibilización laboral que atomizan las organizaciones de trabajadores y tornan más precario el empleo; y brecha insalvable entre la esfera de la educación formal (a la que todos acceden en su nivel primario) y la esfera del trabajo. En el otro extremo, los modernos entusiastas proclaman el advenimiento de nuevas formas de gestión, más flexibles y humanas, que permitan que el Trabajo se reorganice de modo más horizontal y participativo; y saludan con entusiasmo a los nuevos "sabios" de la filosofía empresarial y sus ideas sobre innovación productiva, creatividad en la empresa y mayor personalización en las relaciones humanas dentro de las unidades productivas".⁷⁷

Todas estas cuestiones han remecido las conciencias de las sociedades plantando en medio del **escenario discursivo** la necesidad ingente de revisar lo que entendemos por trabajo del hombre en el mundo y evitar el *crescendo* de semánticas y consecuentes conductas peligrosas. Así es como han aparecido ideas novedosas que supeditan el desarrollo de la actividad laboral, tales como las que plantean el concepto de un desarrollo sustentable, o la integración de comunidades al estilo de la Unión Europea. Es innegable que en una formulación conceptual clásica este grupo de ideas no integran el concepto de Trabajo, por eso sólo una teoría sistémica multicomprendiva y flexible, puede integrar distintas visiones de mundo en el ámbito laboral.

5.2. Unidad sistema/entorno laboral.

El Trabajo constituye uno de esos objetos cuyas características *a priori* permiten usar el concepto de sistema. En efecto, reconocemos que el Trabajo es una forma distinta en el mundo y en la sociedad, y que tiene características de sistema.

El entorno del Trabajo es una amalgama de todos los elementos o presupuestos factuales del mundo; se colocan a su arbitrio: máquinas, organismos vivos, sistemas psíquicos y sistemas

⁷⁷ CENTRO INTERAMERICANO para el Desarrollo del Conocimiento en la Formación Profesional [en línea].<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/newsroom/resenas/2002/rep_tra.htm> [consulta: 27 febrero 2009].

sociales. Las personas, los materiales, los productos, etc., quedan fuera del concepto sistémico-social de Trabajo, porque la organización social es exclusivamente comunicación. Esta afirmación resulta chocante en principio, mas no si se recuerda que esta teoría procura un desplazamiento del centro del sistema desde el hombre hacia la comunicación. Sin embargo, no se debe perder de vista la existencia de otros sistemas distintos a los sociales (psíquicos, máquinas, organismos vivos). Ya veremos que la función del Trabajo es relacionar todos ellos mediante una comunicación específica.

En el mundo, cada individuo particular pasa a ser parte del medio de los demás individuos: pasan a ser entornos recíprocos. Estos entornos deben coordinarse, de modo que posibiliten su supervivencia. Es así como surgen las formas adaptativas de supervivencia: los acoplamientos de tercer orden, que son acoplamientos conductuales, en definitiva, fenómenos sociales (como la reproducción humana, la crianza de los hijos, el trabajo).⁷⁸

En algún momento los sistemas psíquicos, sociales, máquinas y organismos han de pasar por el filtro del Trabajo y tendremos como resultado: un Sistema de Máquinas dedicado al Trabajo, un Sistema Psíquico dedicado al Trabajo, un Sistema de organismos vivos dedicado al Trabajo, y un Sistema Social dedicado al Trabajo. ¿Cómo se hace la redirección de estos sistemas o de sus elementos al Trabajo? La respuesta es: “desde el mismo Trabajo, a través de la comunicación con sentido específicamente laboral”.

Si se considera que todos los sistemas existentes colocan a disposición del Trabajo elementos de lo más variado, se tendrá una impresión de lo profusa que se torna la complejidad en el entorno del Sistema de Trabajo y la necesidad de dar un correcto sentido a la información.

5.3. La complejidad en el Trabajo.

⁷⁸ MATURANA, H. y VARELA, F. Op. cit. p121ss.

El entorno laboral en el último tiempo se ha visto afectado por vertiginosos y profundos cambios, entre los cuales pueden mencionarse⁷⁹: la reestructuración de las organizaciones entregando mayor injerencia a los trabajadores (toma colectiva de decisiones en resolución de problemas de gestión; estructuras de organización menos jerarquizadas; equipos de trabajo sobre asuntos de la organización), nuevos modelos de organización del Trabajo como el teletrabajo o trabajo a distancia, la comunicación electrónica (como expresión democrática, pero asociada a la vigilancia intralaboral), y el declive de las organizaciones sindicales (debido a cambios en el tipo de actividad económica, retroceso de trabajos industriales, aumento de trabajos a tiempo parcial, el sistema jurídico, la globalización, ofensivas empresariales, y la rigidez y burocratización de los propios sindicatos). Al concepto de flexibilidad laboral le subyace el reconocimiento de que las cosas pueden hacerse de otro modo, esto es, la contingencia.

No es coincidencia que esta multiplicación de elementos y relaciones coincida con el auge de la crisis social del Trabajo (como exclusión social) en los países más industrializados; ni que los estudiosos comiencen a plantearse cuestionamientos acerca de las ciencias que estudian el Trabajo y el porqué no entregan resultados que ayuden a superar la crisis social. Siguiendo esta línea, los estudiosos han supuesto nuevas bases para el conocimiento y comprensión del Trabajo, sin limitarlo al empleo, ni a las concepciones clásicas más institucionalizadas, sino reflexionando de manera más desbordante, llevando el pensamiento del Trabajo hacia horizontes más transversales y omnicomprensivos: interdisciplinarios.

De esta forma aparecen en el escenario de la semántica laboral conceptos que quieren penetrar en muchas capas: “integración”, “globalización”, “políticas institucionales de empleo”, “competencia laboral”, “riesgo”, “nueva economía”, “nuevos roles de los actores del orden laboral”, etc.

El marco del Trabajo se ha ampliado y complejizado, y “la pérdida de realidad de un concepto basado en la producción y el reparto de los beneficios se demuestra, en el hecho de que la posición material de los trabajadores ya no depende de los salarios sino de las condiciones de consumo y unos sindicatos que luchan por unos aumentos marginales del nivel salarial no pueden influir en la situación económica de ellos. El nivel de consumo depende de factores como estar casado o soltero, tener hijos, vivir en una casa heredada o en alquiler, etc., y no de un

⁷⁹ SCHAEFER, Richard. Introducción a la Sociología. 6ª ed. Madrid, McGraw-Hill, 2006. p126ss.

margen mayor de salarios conseguidos en luchas contra el capital. “Las circunstancias económicas de la vida de los trabajadores no están en manos de los capitalistas”.

Por otro lado, el trabajo ya no puede luchar contra el capital sino que debe luchar a favor de su permanencia en la producción y el territorio combatiendo la tendencia de refugiarse en alternativas como los mercados financieros o inversiones foráneas. Para el capital, el empleo de mano de obra es más contingente que nunca, una opción más entre múltiples alternativas. La comunicación basada en la irrelevante y obsoleta diferencia entre capital y trabajo genera conflictos alejados de los verdaderos problemas de la sociedad moderna como son las consecuencias ecológicas y psíquicas de la evolución social”.⁸⁰

Se ha colocado a la globalización y a la información como ejes de las variaciones que han experimentado las relaciones de Trabajo; de alguna manera globalización e información son vistos como cristalización y cristalizantes de las modificaciones del mundo. Hace casi una década la OIT (Organización Internacional del Trabajo) publicaba su “Informe sobre empleo en el mundo” (2001), con el subtítulo “La vida en el trabajo en la economía de la información”, y señalaba el prólogo: “Las perspectivas futuras de empleo dependerán básicamente de que haya un crecimiento duradero en la economía mundial. Esto depende de varios factores, entre los que cabe señalar que se ha producido un considerable debate sobre la “nueva economía” y las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de la comunicación para aumentar las tasas de crecimiento”.⁸¹

Más recientemente, el 2005, la OIT coloca el acento en la idea de trabajo decente, en realidad en la falta de éste, propiciada por la desigualdad imperante en el mundo moderno. Así se señala que “...una de las principales prioridades en materia de política, como se indica en el reciente informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, es

⁸⁰ KOHLER, H. y ARTILES M. Op. cit. p80ss.

⁸¹ Informe sobre el empleo en el mundo 2001. La vida en el trabajo en la economía de la información [en línea]. Ginebra, OIT, 2002. <<http://books.google.cl/books?id=iyeZwSLgR5gC&dq>> [consulta: 10 septiembre 2008].

hacer del “empleo decente y productivo” un objetivo fundamental, y no accesorio, de las políticas macroeconómicas y sociales en favor de una globalización justa”.^{82 83}

Otros testimonios de estos cambios son el estudio de las relaciones macro-sociales de los mercados laborales hasta las de orden micro-individual en las relaciones de empleo, así como el tratamiento del empleo y del Trabajo en función de su papel en las diversas estructuras sociales.

La creación de legislación laboral de manera específica para algunos sectores laborales (v. gr. normas sobre el uso de plaguicidas para protección de la salud de los trabajadores) y la incidencia de otras ramas del Derecho en materia laboral (v. gr. normas ambientales) es sintomática de la interconexión de áreas.

Lo que se percibe es un pluralismo teórico y metodológico de las disciplinas que tienen al Trabajo como objeto de estudio; el problema que tienen estos enfoques es que son referentes menores en la sociología del Trabajo y no logran comunicarse entre sí; existe la conciencia intuitiva de que cada elemento influye en el mundo laboral, y que además cada elemento influirá de manera distinta a la basal en presencia de otro elemento, que a su vez, presentará condiciones de causalidad similar con uno o varios otros elementos y, que en el ir y venir de la mirada, la relación que hay entre ellos al fijar la vista en un punto dado es, esencialmente, relativa. Se cree en el carácter holístico del Trabajo, pero no se trabaja sobre él.

Los análisis que parten del estructural-funcionalismo no son capaces de mantener la coherencia cuando se ven en la necesidad de armonizar inmensidad de factores dinámicos en estructuras predeterminadas. La complejidad los supera.

⁸² Informe sobre el empleo en el mundo 2004-2005. Empleo, productividad, y reducción de la pobreza [en línea]. Ginebra, OIT, 2005. <<http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/download/wr04c1sp.pdf>> [consulta: 11 septiembre 2008].

⁸³ Acerca del Informe de esta Comisión Mundial publicado en febrero de 2004, Véase Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos [en línea]. <<http://www.ilo.org/public/english/fairglobalization/report/index.htm>> [consulta: 11 septiembre 2008].

¿Cómo se hace para armonizar libertad y contrato, producción y solidaridad, comunicación y reserva, igualdad y privilegios, desarrollo material y desarrollo espiritual, competitividad y amistad, compañerismo y robótica, subordinación y creatividad, privacidad y transparencia, familia e industria, medio ambiente y materia prima, ética y riesgo... en un solo ámbito llamado Trabajo?

“El aumento de complejidad del entorno, la multiplicación exponencial de vectores generadores de incertidumbre, reducen la capacidad de los enfoques tradicionales de conocimiento, para dar cuenta de la dinámica multivariada que asumen los sistemas interactivos de acción social, cuya selectividad reductora desplaza propósitos y reubica factores”.⁸⁴ **Por eso el Trabajo como objeto de estudio de las ciencias se ha fragmentado.** Esta fragmentación es necesaria debido al carácter multicomprendivo que siempre ha tenido la actividad, carácter que por estos tiempos se ha radicalizado. Sin embargo, el Trabajo sigue siendo una estructura dentro de la sociedad; más que multicomprendivo es intercomprendivo, cuenta con múltiples incrustaciones que es necesario estudiar y entender, para lo cual a veces es necesario fragmentarlo, pero una vez hecho esto, es menester volver a construirlo.

5.4. La diferenciación sistémica del Trabajo.

Pese al excedente de características vistas en el punto anterior, podemos estudiar el Trabajo gracias a su autorreferencia. Autorreferencia en el Trabajo significa autoproducción por selección de elementos pertenecientes al conjunto integrado de la realidad; en definitiva, el Trabajo es una forma de autogeneración, independiente de las perspectivas de otros referentes a través de comunicaciones con sentido que ordenan presupuestos factuales y permite, como labor primera, la supervivencia individual.

El Trabajo corresponde a un fenómeno social que en términos de MATURANA, no es más que un acoplamiento estructural de tercer orden cuya finalidad última es mantener vivo al

⁸⁴ DELGADO DE SMITH, Y. Op. cit. p141.

individuo; si cada individuo se convierte en medio/entorno de los demás, las conductas como el trabajo, constituyen respuestas adecuadas para sobrevivir en ese entorno.⁸⁵

Esas respuestas a su vez, deben ser “adecuadas” para posibilitar la supervivencia. De ahí el carácter selectivo del Trabajo. Ya lo dijimos: el Trabajo es un mecanismo social que busca reducir la complejidad del mundo para la mantención de la supervivencia a través de comunicaciones selectivas. “Se trata entonces, que el sistema de relaciones laborales se autoconstruya y autodetermine en procesos capaces de generar diferencias, con base en el manejo de la incertidumbre, autoaprendizaje creciente que permite separar lo útil de los accesorios y seleccionar aquéllos que le introduzcan diferencias, garantizando conexiones signadas por su articulación creciente y competitiva a su entorno. Una dinámica social desconectada de la complejidad del mundo no permite establecer diferencias ni límites, no decanta temáticas, no facilita su estabilidad en el tiempo de sus relaciones, no automodela ni autoconstruye su comprensión como sistema, no valora la contingencia (la incertidumbre de los acuerdos) entre el ego y el alter, como agentes sociales que se observan mutuamente y subestima los niveles de expectativas de los componentes del sistema”.⁸⁶

5.5. La autopoiesis del Trabajo:⁸⁷ comunicación con sentido específico.

La operación que define por diferenciación a los sistemas sociales es la comunicación y comunicación en nuestros términos implica una coordinación conductual. Luego, tan sólo las

⁸⁵ MATURANA, H. y VARELA, F. Op. cit. p121ss.

⁸⁶ DELGADO DE SMITH, Y. Op. cit. p142.

⁸⁷ Para MATURANA, sistema de Trabajo y sistema social no son equivalentes, porque su formulación es fenomenológica y se centra en las emociones que forman el lenguaje, como formulación de sentido en un sistema. A cualquier actividad humana le subyace una emoción: amor, poder, compromiso. Estas emociones abren espacios de acción específicos; el amor posibilita acciones que admiten al otro por el placer de estar con él; el poder provoca acciones que significan negación del otro; el compromiso, genera espacios de acción que posibilitan la realización de una tarea en común. Cada uno de estos espacios de acción corresponden a sistemas de convivencia: Sistemas Sociales, Sistemas Jerárquicos y Sistemas de Trabajo, respectivamente. Véase MATURANA, H. *La realidad...I*. Op. cit. p31ss.

operaciones que implican comunicación como coordinación conductual están dentro del sistema social dedicado al Trabajo.

Si la función de los seres vivos es mantenerse con vida, y si los fenómenos sociales son un mecanismo para la sobrevivencia basado en la comunicación, y la comunicación es una coordinación conductual que al hacerse específica y recursiva diferencia un sistema social, cabe hacerse la pregunta acerca de la manera en que el Trabajo toma esta forma. Como sabemos, la respuesta pasa por determinar la función del sistema, es decir, el problema del que se hace cargo: cómo reduce la complejidad del mundo. Observamos que cualquiera sea la sociedad de que se trate siempre se crearán relaciones de dirección entre los sujetos, y que estas relaciones implican coordinación. Luego, creemos que cualquiera sea el contexto donde opere el Trabajo bajo presupuestos democráticos siempre emergerá un tipo de comunicación. La información específica de esta comunicación creará la **relación director-dirigido en torno a la fuerza de trabajo, a la cual subyacerá la emoción del compromiso**, es decir, el sentido en la comunicación laboral democrática será organizar las conductas de alter y ego erradicando cualquier tipo de violencia en torno a la fuerza de trabajo. De ahí que la emoción subyacente sea la de compromiso y no la de represión o la de negación del otro, pues en ese caso creemos que emergerían otros sistemas como el de esclavitud en donde no hay comunicación.

Debemos hacer hincapié en que sólo se trata de comunicaciones laborales, y no jurídicas, políticas, ni de ningún otro tipo. La función de la operación de comunicación laboral no es otra que coordinar la conducta “uso de la fuerza de trabajo sobre organismos, máquinas, psiquis, y sociedades” para que el individuo continúe en autopoiesis. Las comunicaciones laborales sólo pertenecen al sistema de relaciones laborales, la juridificación de expectativas, o su uso en la toma de decisiones colectivas se da en otros planos.

La comunicación laboral es entonces un tratamiento de los elementos a disposición de la fuerza de trabajo, siendo los más básicos los sujetos a los que se atribuye los roles de empleado-empendedor creando un vínculo de compromiso, al que se suma la dirección en la forma de tratar los demás presupuestos factuales (otros organismos vivos, máquinas, otras conciencias). Esto porque sólo la comunicación es capaz de relacionar de forma controlada la variedad de potencias

que late en los sistemas psíquicos, de máquinas, de organismos y en los mismos sistemas sociales, y comprometerlas con un fin.

La coordinación conductual de la fuerza de trabajo bajo compromiso, constituye el nivel umbral para la formación del sistema de relaciones laborales. Si se rebaja este umbral el sistema se desdiferencia y ya no cumple los presupuestos de un Trabajo en un mundo democrático. Si no hay coordinación no hay reducción de complejidad de elementos que permita la sobrevivencia y si la coordinación se hace bajo emociones distintas al compromiso, como el poder, se entra en sistemas como la explotación o esclavitud.

Ahora, dado que el Trabajo moderno es una relación que se da entre hombres libres, se puede sostener que las instrucciones que el empleador da al trabajador constituyen comunicaciones que generan más comunicación, manteniendo el sistema. En efecto, en la relación de esclavitud el contenido de información de la orden está autolimitado a la capacidad de ejecución del esclavo, siendo la situación final de equivalencia o de disminución de la información. En cambio, en las órdenes entre hombres libres “la diferencia entre lo esperado y lo alcanzado por la ejecución constituye una nueva información, y por tanto, una nueva orden, puesto que las órdenes consisten esencialmente en instrucciones”.⁸⁸

El trabajador al poner en juego su voluntad, que no se identifica con la del empleador, permite abrir la contingencia y la posibilidad de un nuevo sentido; el trabajador se convierte en emisor de una nueva información, y siendo la ejecución del trabajo el acto de comunicación (no es un mero comportamiento), puede cargar la instrucción inicial con cualquier consideración sin salir de la comunicación laboral porque es en el mismo Trabajo donde tendrá efectos. Finalmente, el empleador será el receptor que la comprende con la carga de sentido impregnada por el trabajador, con lo que tenemos más comunicación recursiva que siempre se actualiza y mantiene el sistema, formándose una organización cíclica, pues toda organización es un sistema social cuyos elementos son decisiones, o sea, comunicaciones con sentido.⁸⁹ Si el trabajador no impregnara el desarrollo de sus actividades con su propia voluntad, se tendría una situación de

⁸⁸ BAÑERES P., Leticia. La cultura del trabajo en las organizaciones. Madrid, Rialp, 1994. p61.

⁸⁹ CORSI, G., ESPOSITO, E. y BARALDI, C. Op. cit. p121-126.

alienación similar a la descrita por Charles Chaplin en la película “Tiempos Modernos”, donde el trabajador pasa a ser sólo una pieza más de la maquinaria envuelta en el proceso productivo. Luego, es evidente que esa máquina pertenece al sistema de Trabajo, pero al sistema de máquinas dedicadas al Trabajo y no a un sistema social cuyas operaciones son comunicaciones.

El concepto de relaciones laborales implica entonces *per se*, la existencia de un vínculo intersubjetivo y de un estado dinámico que dirige las potencialidades de existencia de los objetos y de los sujetos en un sentido determinado, porque la misma distinción entre director-dirigido, lleva implícita una información sobre orden de elementos que se desea sean usados de una manera ya significada. Además, la pertenencia sistémica asegura que las comunicaciones laborales coordinadoras están referidas a unas anteriores y a su vez son referencia para las posteriores. Luego, toda comunicación se hace conociendo la pertenencia al sistema laboral y cada vez que se confirma, modifica o contradice, de manera directa o indirecta sobre condiciones del uso de la fuerza de trabajo, se trata de una operación del sistema laboral.

Esta visión sistémica de las relaciones laborales, “permitiría reubicar los elementos en un *continuun* (sic) comunicativo, autorreferente capaz de administrar lo complejo mediante compromisos diseccionados con base a la necesidad de establecer diferencias que devueltas al entorno permitirían su sobrevivencia”.⁹⁰ Por eso, como la visión social-sistémica de enfoque funcional-estructuralista básicamente plantea la interrelación de los distintos espacios sociales y de sus correspondientes elementos, y su consiguiente subsunción en las pautas totales de la sociedad a través de comunicaciones con un sentido específico, la concepción sistémica del Trabajo permite una comprensión integradora y funcional de éste con los otros, y de los otros con éste y no una deriva natural, desesperanzadora.

El Trabajo es, entonces, una forma de comunicación de otras tantas posibles en la sociedad, cuya sola particularidad está en los efectos que produce: al subsumirse en ella un sentido específico para los elementos, éstos se seleccionan y redirigen por medio de decisiones encaminadas a propósitos definidos que significan autorreproducción bajo la distinción director/dirigido en compromiso. Dicha comunicación está dirigida a una pluralidad de actores,

⁹⁰ DELGADO DE SMITH, Y. Op. cit. p143.

grupos de actores, roles, objetos y organizaciones que operan y se reproducen a través de este conjunto de relaciones selectivas, sin confundirse con la misma comunicación.

Dijimos que la dinámica de todo sistema es hacerse menos complejo que su entorno. Para el sistema de Trabajo la dinámica es la misma: se encuentra orientado hacia el entorno, por ende, de él debe tomar los elementos y darles sentido a través de sus operaciones, es decir, seleccionar los que le son útiles y de la forma en que le son útiles. Una vez hecha la operación, la comunicación con sentido ha transformado los elementos (personas, materiales, procesos, etc.) haciéndolos diferentes de lo que eran, asegurando la existencia del Trabajo como sistema por diferenciación del entorno.

Existe, entonces, una construcción social que no es personas, maquinarias, equipos o técnicas, y que, empero, las utiliza a través de comunicación para autogenerarse y autoorganizarse. Ese constructo social es el Trabajo entendido como sistema de relaciones laborales.

5.6. La creación de sentido en el Trabajo.

“Lo que vincula una acción a otra acción es su reconocimiento como acción significativa por todos los involucrados. Lo que los actores producen en tales procesos no es un consenso racionalmente sustentado, sino un sentido de identificación colectiva de aquéllos que se reconocen entre sí”.⁹¹ Esto es lo que en términos más sencillos llamamos un “orden narrativo”.⁹²

Si la comunicación que crea una relación laboral importa una ordenación de los elementos para crear coordinaciones conductuales en torno a la fuerza de trabajo mediante la creación de una distinción director/dirigido en compromiso, significa que permite operar con procesos estructurados de intercambio entre sistema y entorno de manera autopoiética. La

⁹¹ KLAUS, Eder. Las sociedades aprenden y aún así el mundo es difícil de cambiar. Revista de sociología [Universidad de Chile] (22): 11-32, 2008. p21.

⁹² Íd. p22.

determinación de sentido y su comunicación, posibilita continuas modificaciones y acoplamientos diversos con el medio, pese a la incertidumbre (contingencia) del entorno.

Las relaciones de intercambio que se producen entre el sistema de Trabajo y el mundo son de conocimiento, o sea, de acumulación y tratamiento de información proporcionada por diversidad de elementos. Por eso decimos que se abren nuevos espacios a través de experiencia.

Gracias a la capacidad de aprendizaje que posee el sistema, es capaz de autogenerarse cambios. Estos cambios se producen para bien o para mal (v. gr. un país que se hace más solidario o un país que se polariza políticamente), lo importante es la capacidad de aprendizaje.

El gradiente de información entre la instrucción del empleador y la ejecución del trabajador mantiene abierta la evolución del sistema, permitiendo desplazar propósitos y reubicar fines. En esta apertura se incluyen aun factores intangibles de la vida (afectos, sueños, esperanzas, aspiraciones, etc.) junto con los tangibles. Por eso, en el sistema social de Trabajo, como entidad autorreferente y autoorganizada, la toma de decisiones con sentido, en definitiva, posibilita la realización de anteriores propósitos, objetivos, finalidades. Esta perspectiva permite superar la visión desesperanzadora de que aquello que entra en el sistema será un producto predefinido porque el sistema todo lo que hace, es en términos estáticos, previsibles y manejables. El reconocimiento de la multiplicidad de factores y relaciones que hay en el Trabajo, y la posibilidad de que sean contingentemente reflexionados en la comunicación laboral, sólo es posible desde una concepción de la organización de las acciones humanas como la que planteamos.

6. Breves consideraciones a las visiones clásicas (analíticas) del sistema jurídico.

Si bien la piedra angular de esta investigación está supeditada a una concepción sistémica del Derecho y en especial del Derecho del Trabajo, la cual se aparta de las concepciones clásicas, es necesario revisar en primer término éstas. Lo anterior, por dos razones muy vinculadas al tratamiento del Derecho como un sistema en que la figura del juez juega un papel decisivo. Primero, porque la teoría puramente analítica de bases kelsenianas, “restablece

su posición a los órganos de aplicación en la estructura del Derecho, que a esa época tanto el iusnaturalismo racionalista y el legalismo positivista habían expulsado del horizonte ontológico del Derecho. Esta reincorporación se produce mediante conceptos y análisis propios de la teoría pura. Desde la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, luego, en el rechazo a la separación de creación y aplicación del derecho, incluyendo por cierto su noción de interpretación y función jurisdiccional. La sentencia judicial -dice Kelsen- tiene un carácter constitutivo; la función del tribunal no es mero descubrimiento del Derecho”.⁹³

La segunda razón, radica en el logro que las teorías analíticas alcanzaron: servir de puente desde las trastabillantes tierras místicas de la ideología en que se encontraba el Derecho, hasta colocarlo en la seguridad de un territorio de realidad positiva y social. Si muchos años atrás las teorías puramente analíticas sirvieron como cortapisa a la permeabilidad del Derecho frente a consideraciones que escapaban de sus márgenes teóricos, su utilidad en una concepción sistémica del mismo cobra aún mayor relevancia; sólo se trata de distinguir, con sus mismos conceptos, el real papel que juega cada estructura positiva dentro del sistema, para evitar distorsiones por atribuciones de competencias erradas, aun, a priori.

6.1. Los conceptos de Derecho y sistema jurídico.

Si bien existe una relación ontológica entre los conceptos de Derecho, sistema jurídico y justicia estos términos no son sinónimos, no son términos que estrictamente se refieran a cuestiones idénticas, aunque -como ya se dijo- su esencialidad es tan compartida que cuesta pensarlos por separado. Como ha señalado LUHMANN, existen diversas teorías acerca del sistema jurídico, pero hay carencia de verdaderas teorías del Derecho.⁹⁴ Las teorías del sistema

⁹³ VALLE, Aldo. La teoría pura como eslabón. En: ¿QUÉ QUEDA de la teoría pura del derecho? por Antonio Pedrals “et al”. Valparaíso, Chile, EDEVAL, 2005. p136.

⁹⁴ “...se han producido innumerables teorías jurídicas, pero ninguna teoría del derecho (...) no se ha arribado a un entendimiento apropiado del derecho como una unidad que se produce a sí misma. El resultado ha sido la existencia de multiplicidad de teorías, pero no una autorrepresentación del derecho como derecho.” LUHMANN, Niklas. El derecho de la Sociedad. Trad. de Javier Torres Nafarrete. México, DF., Universidad Iberoamericana, 2002. p61ss.

jurídico son autodescripciones del mismo que se realizan separándolo del entorno; las teorías clásicas del sistema jurídico buscan “purificar” el Derecho del entorno, de los demás ámbitos de injerencia humana, es decir, del resto de la sociedad.

Si bien esto es aceptable y fue necesario para que el Derecho evolucionara hacia un realismo positivo y se desmitificara, no puede aceptarse una exacerbación de la postura “científica” que haga del Derecho una actividad anexa a la sociedad, porque el Derecho es de la sociedad, es una creación humana que no puede existir independiente de aquéllos que la crearon.

Tampoco es permisible la comprensión antagónica, es decir, aquélla que tenga al Derecho como una cuestión permeable al resto de la realidad, porque de lo contrario se diluiría en el medio. Entonces, se hace necesario el concepto de sistema jurídico entendido como una cuestión técnica y científica que separe, al menos conceptualmente, al Derecho del resto de lo social y que permita su autorreconocimiento.

6.1.1. Del Derecho.

“La sociedad humana no es una mera coexistencia física, sino una delicada, fluctuante y complejísima estructura de relaciones materiales y espirituales, sustentadas en la conciencia de una multiplicidad de objetivos de interés común. Toda convivencia, desde la más elemental, en la familia, hasta la más compleja en la sociedad civil, requiere una adecuada ordenación de las relaciones de las personas”.⁹⁵

El Derecho es un orden de la conducta humana.⁹⁶ En un sentido primordial orden significa colocación de las cosas en el lugar que les corresponde,⁹⁷ por tanto, Derecho será la

⁹⁵ PACHECO, M. *Teoría del...* Op. cit. p25.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Imprenta Universitaria, 1949. p5.

⁹⁷ DICCIONARIO de la Lengua Española [en línea]. 22ª ed. Real Academia Española. <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=orden> [consulta: 18 agosto 2008].

colocación de la conducta humana en el lugar que le corresponde. Al concepto dado debe agregársele un segundo elemento para evitar el sinsentido a que conduce la falta de referente: debe decirse que la colocación está supeditada a un determinado fin, y para nosotros en términos generales el fin del Derecho es posibilitar la vida en comunidad, o sea, mantener la paz social⁹⁸.

La ordenación de la conducta humana la mayor parte de las veces se logra de forma natural, las personas interactúan con los de su especie y con el resto del medio de modo que logran satisfacer sus necesidades en atención a sus propios intereses, sin que otros se vean afectados. En estos casos surgirá una expectativa. Empero, en otra gran parte de las veces los intereses de unos se ven comprometidos por los de otros y por las conductas que llevan a cabo para satisfacerlos. En estos casos se hace necesario el establecimiento de prescripciones de conductas, de reglas o normas jurídicas, que de un modo u otro resuelvan el conflicto real o eventual. Impuesta una norma surge una expectativa normativa.

La creación e imposición de reglas parte del presupuesto de racionalidad del ser humano, por lo que el razonamiento jurídico no es más que una especificación del razonamiento práctico general. El razonamiento práctico es entendido como la argumentación basada en principios de razón que pretende dar respuesta correcta a preguntas prácticas, es decir, a lo que en un determinado caso está permitido o es debido hacer.

El razonamiento jurídico se realiza esencialmente en dos momentos, el primero es hecho por el común de los miembros de la comunidad cuando requieren saber qué es lo correcto para una situación que podría tener consecuencias jurídicas. En este caso la situación es apriorística y busca no vulnerar las expectativas normativas impuestas de antemano. El segundo caso se verificará cuando se ha vulnerado una expectativa normativa, por tanto, implica una reacción *ex post*, contemplada por las mismas reglas, que buscará corregir la perturbación ocasionada por la desviación a la norma. En este caso el razonamiento se realiza por un miembro específico de la

⁹⁸ Sin olvidar que este orden no sólo se refiere a conductas humanas, sino que también considera la interacción de los hombres con los hechos de la naturaleza que son sancionados como relevantes por el ordenamiento jurídico y a los cuales se les atribuyen efectos jurídicos, éstos son los llamados hechos jurídicos.

comunidad que institucionalmente se encuentra legitimado para corregir desviaciones a las normas, este sujeto es conocido como adjudicador o tribunal.

En dichos casos el razonamiento de los sujetos encuentra una restricción que lo específica, esta restricción es la vinculación al Derecho vigente. Desde los trabajos de AUSTIN, KELSEN, HART y RAZ, se ha entendido como esencial la naturaleza sistemática del Derecho, es decir, el hecho de que sus reglas no existen de modo aislado sino formando conjuntos o sistemas, y de que resulta imposible poder captar la naturaleza del Derecho fijando la atención en normas aisladas. Por esta razón es que se crea el concepto de sistema jurídico.

6.1.2. Concepciones clásicas analíticas del sistema jurídico.

La concepción clásica del sistema jurídico es de base analítica y descriptiva, se aproxima al Derecho como una técnica específica de ordenación social, carente de consideraciones morales de cualquier tipo. Como problema científico el Derecho es un problema de técnica social, no un problema ético,⁹⁹ por eso el análisis es meramente descriptivo y no posee posiciones valorativas respecto de los problemas de legitimidad que el Derecho plantea. La Teoría Pura del Derecho de KELSEN es la que comanda esta concepción, ella “se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser el Derecho y no si es justo o podría serlo. En este sentido, es una teoría radicalmente realista. Se abstiene, de pronunciar juicios de valor sobre el Derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del Derecho y analizar su estructura”.¹⁰⁰

Este punto es crucial por cuanto se logra separar el Derecho, como sistema, de la justicia entendida como valor.

⁹⁹ KELSEN, H. Op. cit. p5.

¹⁰⁰ WILLIAMS B., Jaime. Gnoseología y Gnoseología Jurídica. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. p67ss.

6.1.2.1. Sistema jurídico en sentido estático.

El concepto de sistema jurídico en sentido estático se plantea como un conjunto de reglas o de proposiciones acerca de reglas que en su totalidad forman el Derecho vigente en un lugar y momento determinados, bajo el ineludible presupuesto de que tal conjunto de reglas cumple con las propiedades de coherencia, independencia y completitud. La calificación de estático le viene dada porque dicha noción considera al Derecho como un conjunto de normas válidas o de enunciados acerca de las mismas, con absoluta independencia de los actos de creación y aplicación de aquéllas.

Una noción del sistema de Derecho como la explicada, se limita a presuponer la vigencia de un determinado conjunto de reglas. Sin embargo, es insuficiente para el completo desarrollo del razonamiento jurídico que debe llevarse a cabo en el acto de adjudicación, pues no provee los criterios necesarios para validar las normas mismas que sirven de premisas al razonamiento jurídico de manera completa, ya que su validez depende únicamente del contenido. En este sentido las normas carecen de certeza, pues nada las certifica como partes del sistema. También son estáticas debido a que se producen y afianzan conforme un lento proceso social. Finalmente, se dice que son ineficaces porque la presión de la comunidad no basta para hacerlas cumplir.

Ante estas deficiencias se hace necesario idear un sistema que las corrija. Éste es el sistema dinámico de normas.

6.1.2.2. Sistema jurídico en sentido dinámico.

El concepto dinámico de sistema jurídico es el que pone énfasis en los procesos de creación y aplicación de normas, por lo que la validez de la norma no está dada por su contenido, sino por la forma en que fue creada.

Las relaciones que se produzcan entre las normas que forman el sistema son también esenciales a la naturaleza del Derecho. Se entienden las normas y sus modos de creación como

un conjunto de actos vinculados y vinculantes que forman un orden que entrega pautas de validación para las decisiones que se tomen en base a esas normas y para esas mismas normas.

Entonces, la concepción de un sistema jurídico en sentido dinámico refleja que el Derecho, como sistema, regula su propia producción y uso, y es precisamente en esa regulación donde se encuentran los criterios que permiten identificar y validar la selección de tal o cual norma como fundamento del razonamiento jurídico, tanto por parte de la generalidad de los individuos en el antejuicio, como por parte específicamente del juez en el juicio mismo.

Los sistemas jurídicos modernos se califican como sistemas normativos institucionalizados,¹⁰¹ es decir, sistemas de reglas que cuentan con instituciones especiales encargadas de crear y de aplicar las reglas del mismo sistema. HART denomina a estas reglas, reglas secundarias (que serían todas aquéllas que no imponen propiamente obligaciones o deberes a las personas), para distinguirlas de las demás reglas del sistema que serán reglas primarias (llamadas también normas de obligación o deber).

Las reglas secundarias que certifican la validez de las reglas primarias son llamadas “reglas de reconocimiento” y superan la falta de certeza. A través de las “reglas de cambio” se hace frente al carácter estático de las normas primarias. Finalmente, la ineficiencia se corrige por las llamadas “reglas de adjudicación” que facultan a alguien para establecer si en un caso determinado se ha transgredido una regla primaria.¹⁰²

Hasta aquí la somera revisión a la visión analítica del sistema jurídico. Como se adelantó, pese a las innegables ventajas que ha traído a las ciencias jurídicas, y las que seguramente seguirá trayendo, la concepción pura del Derecho olvida la dimensión social inmanente que éste tiene como ordenación de la conducta humana, por eso es necesario complementarla con una explicación sistémica de carácter sociológico.

7. Teoría Social y Sistémica del Derecho.

¹⁰¹ Además de normativos y coercitivos. RAZ, Joseph. El concepto de sistema jurídico. México, Imprenta Universitaria, 1949. p20.

¹⁰² HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. p99ss.

7.1. Inicios.

Ernesto GRÜN¹⁰³ hace una revisión sintética de la temática sistémica en el Derecho, diciendo: “Hace ahora algo más de un cuarto de siglo que ha comenzado a difundirse en el mundo del derecho y especialmente en el de la filosofía del derecho, la idea de que la teoría general de sistemas (por razones que luego explicaré prefiero usar el término sistémica) y la cibernética -que, de acuerdo con las ideas de Charles François, constituye una parte inescindible de la misma- pueden constituirse en el nuevo paradigma para la comprensión del derecho en sus diversos aspectos”.

Así, cita a Hans LENK quien en 1982 sostuvo que “la interdisciplinariedad de los enfoques de sistemas y su transformación holística de las tradiciones analítico-atomistas en la ciencia -aunque no sólo estas dos características- pueden constituir un estímulo para la formación de un nuevo paradigma teórico-científico (...) la teoría de los sistemas ofrece no tanto un nuevo y hasta ahora desconocido paradigma de la ciencia misma cuanto un nuevo paradigma epistemológico, un paradigma que, naturalmente tiene que ser tomado en cuenta y desarrollado...”.

Contemporáneamente, Paul ORIANNE aplica nociones sistémicas al Derecho en su libro “Introduction au systeme juridique”. Poco después en 1984, Carlos RUIZ GONZÁLEZ presenta su ponencia “Hacia una teoría sistémica del derecho” en el Primer Congreso Iberoamericano de Informática Jurídica que tuvo lugar en Santo Domingo.

Por su parte el jurista griego Nikolaos G. INTZESSILOGLOU, a partir de 1986 publicó una serie de trabajos considerando al sistema jurídico como un sistema abierto. En 1987 Gunther TEUBNER editó un libro dedicado a la discusión del enfoque autopoietico del Derecho, propugnado hacía poco por Niklas LUHMANN.

¹⁰³ GRÜN, E. Op. cit. p156ss.

El profesor argentino Humberto QUIROGA LAVIÉ, en 1986 publicó “Cibernética y Política” y el constitucionalista argentino Félix LOÑ ha hecho algunas referencias a la teoría de sistemas y la cibernética en su libro “Constitución y Democracia” de 1987. Por su parte, en 1991, el profesor uruguayo Alfredo FERNÁNDEZ VICENTE vertió en un libro ideas similares. Y, hace unos diez años, Mario RESNIK, profesor de Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires, publicó un libro intitulado “Estado y Política. Una aproximación sistémica”.

De esta manera advertimos que la diversidad de trabajos doctrinarios demuestra la importancia que se ha dado a la teoría de sistemas en el mundo del Derecho, aunque las nociones sistémicas del mismo no han sido aún recibidas y desarrolladas de manera sólida en las cátedras universitarias, principalmente las de Introducción al Derecho en las que se da primacía a las concepciones clásicas analíticas del sistema jurídico.

La teoría sistémica del Derecho que acá desarrollaremos es la propuesta por LUHMANN: una concepción sistémica y social, pues explica el sistema jurídico desde la sociedad misma. Nuestra guía de estudio será su obra “El derecho de la sociedad”, la que “indica algo nuevo desde su título: no se trata de la dicotomía, falsa al entender de Luhmann, entre derecho y sociedad, o entre trabajo y sociedad, o entre política y sociedad, o economía y sociedad, al modo de Weber (y varios otros). El derecho es *de la* sociedad; lo es en tanto se refiere a ella y en tanto es parte de ella. Lo social no está separado del derecho (como ningún sistema parcial lo está de la sociedad) como una entidad aparte con respecto a la cual se pueda trazar un límite que permitiera afirmar “esto pertenece al derecho y esto otro a la sociedad” ”.¹⁰⁴

7.2. Posición de salida respecto de la teoría del Derecho.¹⁰⁵

7.2.1. Constitución y aseguramiento del objeto de estudio.

¹⁰⁴ MASCAREÑO, A. *Una rosa...* Op. cit. p302.

¹⁰⁵ LUHMANN, N. *El derecho de la...* Op. cit. p61-92.

En el mundo del Derecho la teoría es algo común. La necesidad de teoría tiene una doble vertiente, por una parte, la docencia del Derecho y, por otra, la praxis misma. La experiencia proveniente de la casuística y de la conceptualización teórica se tuvo que mantener disponible para que pudiera ser reutilizada. Esta demanda de reutilización tiene, como analizaremos después, una estructura doble. Por un lado, los conceptos y las teorías deben quedar condensados, de manera que puedan ser identificados en la reutilización, en casos que siempre son diversos. Por otro, aunque la reutilización se lleva a cabo en situaciones distintas, debido a que cada caso es nuevo, las estructuras de sentido tienen que ser confirmadas en la invariabilidad de su forma, siendo las mismas normas las aplicadas para cada serie de casos.

Las llamadas "teorías del Derecho" originadas en la práctica o en la docencia son, junto con los textos autoritativos (leyes en sentido lato), la forma en que el Derecho se presenta como resultado de las interpretaciones.

Para todo esto se hablará de "teoría del Derecho". Sin embargo, un análisis rigurosamente científico, primero tiene que dar al concepto de teoría una función totalmente distinta: una función constitutiva del objeto. Todo trabajo científico se debe asegurar, primero, del objeto. Lo debe caracterizar y esto en nuestros conceptos significa: diferenciar. Esto tiene validez universal absolutamente independiente de cuál teoría del conocimiento se adopte: realista, idealista, nihilista, constructivista.

Se requiere una definición previa de sentido, una metadefinición del objeto, de lo contrario aunque se use el mismo nombre se darán operaciones con productos siempre variables, pues se estarán usando factores distintos. Esto es fácil de ejemplificar en la relación que se da entre ciencia jurídica y sociología. Para la ciencia jurídica el Derecho se trata de un orden normativo; para la sociología, de comportamiento social, de instituciones, de sistemas sociales; ¿Se debe renunciar a un común denominador?

Actualmente, tal vez podamos llegar al consenso mínimo de que es innecesario polemizar acerca de la "naturaleza" o del "ser" del Derecho, y que la pregunta decisiva es acerca de los límites del Derecho. En este punto aparece el cuestionamiento acerca de si estos límites se

establecen de modo analítico o de modo concreto, es decir, si se establecen mediante un observador o mediante el objeto mismo. Si se responde: "de modo analítico", entonces se concede a cualquier observador el derecho a su propia objetividad.

Nos encontramos nuevamente en el escenario donde se constata la imposibilidad de una conversación interdisciplinaria. Por eso nosotros respondemos: "por medio del objeto", y por eso podemos afirmar que el Derecho mismo determina cuáles son los límites del Derecho. No se trata entonces de que se extiendan o reduzcan los límites normativos por decisiones de la Economía, la Política, la Moral, o del Trabajo, sino por decisiones jurídicas. ¿Cómo ocurre esto?

7.2.2. La diferenciación sistémica del Derecho.

La teoría que describe certeramente cómo se producen los límites en relación al entorno, es la teoría de sistemas ya descrita (Supra. Cap. II, 2.). Se rehúsa la opción "puramente analítica" para la determinación de los límites, pero sin obviar el hecho de que todo lo dicho, lo es por un observador. La teoría que deja la determinación de los límites al objeto, es también una teoría de un observador. Pero éste debe organizar la observación en un nivel de segundo orden. El observador de segundo orden debe observar el objeto como si se tratara de un observador.

Una vez que se ha llegado aquí, tenemos dos opciones que es necesario diferenciar: una forma de observación jurídica y otra sociológica (pero el Derecho debe verse como un sistema que se observa a sí mismo). El sociólogo observa el Derecho desde las afueras; el jurista, desde dentro. El sociólogo obedecerá los enlaces de su propio sistema. El jurista, a su vez, obedece también los enlaces que le exige su propio sistema. Según esto, la teoría sociológica del Derecho terminaría siendo una descripción externa al sistema jurídico, y sería una teoría adecuada si describiera el sistema como un sistema que se describe a sí mismo, sin equivocarse con respecto al objeto. Es decir: debe describirlo tal y como lo entienden los juristas. Esto no se ha experimentado actualmente en la sociología del Derecho. Lo que en la actualidad se ofrece como respuesta son sólo fórmulas problemáticas como la de "Derecho y Sociedad", que encubren el error de que pudiera existir Derecho fuera de la sociedad.

7.2.2.1. Necesidad de superar la concepción clásica analítica.

Las divagaciones anteriores obligan a reconocer que aquello que existe como teoría del Derecho ha nacido en conexión con las autodescripciones del sistema jurídico.

Ahora, los problemas relativos a la consistencia del Derecho no son, en principio, más que problemas de redundancia de información. Se trata de reducir, mediante información, la necesidad de más información: reducir el efecto sorpresivo de la decisión, condensar la información para adivinar hacia dónde conducen las decisiones, por eso en el hipotético caso ideal, una sola palabra es el origen de la decisión. Por ejemplo, fuero maternal es un concepto que sirve para explicar y atribuir consecuencias a una determinada, extensa y compleja situación de hecho que es subsumible en él, y cuya comprensión queda completa bajo ese puro concepto.

Nuestra pregunta se limita sólo a cómo se puede comprender el Derecho como unidad y para eso aplicaremos la teoría de sistemas. Ninguna novedad aporta esta pregunta, pues la interrogante es de vieja data. Para la unidad existen muchos tratamientos, los que, sin embargo, no han tenido alguna influencia apreciable sobre la práctica del Derecho. La construcción más influyente (o al menos la más tradicional) acerca de la unidad del Derecho se sirvió de la imagen de jerarquía de las fuentes o de los tipos de derecho: derecho eterno, natural, positivo.

Los síntomas de crisis en el sistema jurídico actual han sido muy discutidos en este trabajo (Supra. Cap. I, 3.). Es posible que se trate de un fenómeno de transición, resultado de las viejas demandas de exigencia regulativa y de adaptación a las nuevas condiciones. Piénsese p.ej., en la dificultad de dotar de forma jurídica a los nuevos problemas del Trabajo o a los problemas ecológicos. Pero, ¿cómo se puede formar un juicio sobre estas cuestiones?

El análisis basado en una teoría sistémica es el único candidato que ha llegado a perfeccionarse. Esto hace necesario en primer lugar que se sustituya la explicación proveniente de un principio (justicia, cálculo de ganancia, poder), por una distinción: sistema/entorno.

7.2.2.2. Unidad sistema/entorno de Derecho.

Como diferencia angular nos servirá la distinción sistema/entorno (la misma diferencia que sirve de base a todas las nuevas variantes de la teoría de sistemas). Esto tiene la ventaja, como se verá fácilmente, de que la sociedad (junto con su entorno) entra en el panorama del sistema del Derecho como entorno.

La mayor desventaja de la teoría de sistemas estriba en la suma complejidad y la abstracción de sus conceptos. Como su campo conceptual es interdisciplinario se le comprendería de manera fragmentaria si sólo se recurriera a los medios habituales de las disciplinas científicas, aun cuando se trate de sendas disciplinas como la física, biología, historia, psicología, sociología, etc. No puede exigirse a un jurista pericia absoluta en estos conocimientos, ni siquiera los mismos especialistas poseen esta pericia debido a los rápidos desarrollos en estos ámbitos. En este esfuerzo teórico no deberían quedar excluidas las aplicaciones prácticas, pero en realidad éstas surgirán esporádica y puntualmente: por casualidad y más bien en forma de estímulos que de conclusiones lógicas.

7.2.2.3. El Derecho como sistema autopoietico.

Al ser también el Derecho un sistema social, de igual forma será la comunicación su operación propia. Por lo tanto, se le observa no a través de estructuras, sino a través de operaciones de comunicación que se repiten y que pueden reconocerse de otras, con lo que se separa el sistema de su entorno (el resto de la sociedad).

7.3. La clausura de operación del sistema de Derecho.¹⁰⁶

Entonces por "sistema de Derecho" no entendemos nosotros, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen.

Por lo pronto dejamos establecido que la diferenciación de un sistema jurídico operativamente clausurado, se lleva a efecto por medio de la referencia recursiva de operaciones jurídicas con operaciones jurídicas. Esto es la clausura de operación. Hay espacio para recalcar que en el constructivismo operacional, tal cerradura no deberá entenderse como aislamiento. Esta teoría no discute que existan relaciones causales entre el sistema y el entorno y que las interdependencias causales sean necesarias estructuralmente para el sistema.

Sobre este horizonte se hace urgente la pregunta acerca de las características específicas de las operaciones jurídicas.

7.3.1. Operación propia del sistema: comunicación jurídica.

LUHMANN afirma que es posible constatar que la praxis jurídica opera siempre en una situación de Derecho históricamente dada. Correspondientemente no existe, desde la perspectiva histórica, ningún comienzo del Derecho sino únicamente situaciones en las que es suficientemente plausible que desde antiguo se procedía según normas jurídicas. Por esta razón no es ningún problema pensar la evolución del Derecho como un sistema autopoietico. Esta posibilidad de reconocer el Derecho como Derecho, aunque es suficiente para echar andar la administración de justicia como autopoiesis social, sin embargo, no basta para que el sistema jurídico se clausure, es decir, que remita exclusivamente al contacto consigo mismo.

¹⁰⁶ LUHMANN, N. La clausura operativa del sistema de derecho. En su: El derecho de la... Op. cit. pp93-179.

El Derecho está inserto en órdenes sociales generales y es dependiente de estructuras que sirven para otras funciones: la del Trabajo, la de la Familia, o la de la Moral, o Religión. La desintegración del Derecho en las estructuras existentes de la sociedad sólo se puede neutralizar con una diferenciación específicamente jurídica, y no mediante actos de autoridad del señor o mediante el condicionamiento religioso de la promesa de salvación. Pero ¿cómo puede ocurrir esto?, ¿qué comunicaciones son las que se incluyen, es decir, dónde traza el sistema consecuentemente sus propios límites?, ¿son los contratos operaciones internas al sistema del Derecho? ¿Pertenece al sistema jurídico el contrato que se hace equivocadamente, creyendo que sólo es válida la forma escrita? ¿Es una operación jurídica el que un trabajador abandone la faena? ¿Un descubrimiento es un acto jurídico como para que se tenga que registrar como patente? Cuestiones de esta naturaleza surgen de la universalidad de la relevancia jurídica. Todos los comportamientos son o permitidos o prohibidos. Pero no por ello, todos los comportamientos son operaciones internas del sistema del Derecho.

Se llega a tierra firme sólo si se recuerda que los sistemas sociales se componen de comunicaciones que recursivamente se refieren a otras comunicaciones y además debe existir por lo menos una comunicación y no meros comportamientos.

Es evidente que no basta cualquier comunicación, ya que entonces el sistema jurídico se desvanecería en la total congruencia con la sociedad. Al sistema jurídico pertenece sólo la comunicación orientada por códigos, sólo aquella comunicación que firmemente adjudique los valores: conforme a derecho/no conforme a derecho.¹⁰⁷ Esta comunicación es, entonces, la comunicación que produce efectos jurídicos, en cualquier nivel. Sólo una comunicación de esta naturaleza requiere del código conforme a derecho/no conforme a derecho, como forma de apertura autopoietica, como necesidad de más comunicación en el sistema jurídico.

La propuesta de modificación del Derecho se convertirá tan pronto como se indique qué norma debe ser modificada, en comunicación dentro del sistema legal, sin importar que parta de agrupaciones políticas, uniones o intereses de movimientos sociales.

¹⁰⁷ *Recht/Unrecht.*

Esta ampliación de lo que ha de incluirse en el concepto de sistema jurídico, tiene consecuencias importantes para la práctica de la investigación. Desde la perspectiva meramente cuantitativa el sistema jurídico opera extensamente fuera del núcleo interno profesional organizativo. En la cotidianidad del Derecho dominan condiciones totalmente diferentes de aquéllas que se verían a través de los ojos de un jurista. Por razón de la bivalencia del código conforme/no conforme, en la cotidianidad el Derecho se presenta como algo inseguro y no - como piensan los juristas- como portento de seguridad.

Cada comunicación efectuada en el sistema conduce rápidamente a la inseguridad: la consulta al abogado o la asistencia al tribunal manifiestan una seguridad condicionada, puesto que no es predecible definitivamente.

La especificación funcional del Derecho basado en el procesamiento de expectativas normativas no es suficiente como explicación de la diferenciación evolutiva del sistema del Derecho. Distinto a lo que exigen los lógicos y distinto a lo que opinaba KELSEN, la unidad del sistema jurídico no es premisa de su operación. La unidad del Derecho no puede ser concebida ni como principio ni como norma. La unidad se reproduce, en cualquier operación como resultado. La unidad no puede ser una operación, porque una operación de este tipo cambiaría aquello que pertenece a la unidad por el sólo hecho de llevarse a efecto.

La clausura normativa no significa sólo que las normas se deban mantener estables ante las decepciones. Sin embargo, esto lleva directamente a la pregunta de cómo se posibilita y asegura internamente en el sistema esa dureza contrafáctica (esa testarudez) frente a la decepción. La respuesta se encuentra en la red de recursividad de la autopoiesis del sistema. La norma se conserva, condensada, gracias a las secuencias operativas de la praxis que ha antecedido y a la que ha de venir y esto de forma absolutamente independiente del margen de interpretación.

La clausura normativa consiste, entonces, en el contexto de autoobservación continua del sistema según el esquema: conforme con el derecho/no conforme con el derecho.

7.3.2. Apertura cognitiva y aprendizaje del Derecho.

De ahí que el aprendizaje, es decir, la modificación de las normas, se vuelve posible, ya sea que se induzca internamente a través de que ya no sean aceptables ciertas consecuencias jurídicas, o a través de la valoración social sobre las normas mismas.

La apertura cognitiva se da a través de la programación normativa (leyes en sentido lato) y siempre bajo la condición autopoietica de integrar el caso particular (o la norma modificada) a la praxis presente y venidera de las decisiones del sistema.

Estos análisis muestran que autorreferencia y heterorreferencia deben efectuarse conjuntamente en la forma de clausura normativa para que sea posible la apertura cognitiva, sobre la base indudable del cierre normativo. La forma típica en la que se combinan clausura normativa con apertura cognitiva, es aquélla del programa condicional (si ocurre x se tendrá y).

Este programa condicional exige que las reglas normativas de la decisión, que se justifican sólo al interior del Derecho, se formulen de tal manera que sea posible una deducción a partir de los hechos, los que se determinan cognitivamente: si está presente la realidad a, entonces la decisión x es conforme con el Derecho; si no, no.

Según esto, el sistema jurídico puede tomar en consideración hechos externos, pero sólo como información que ha sido generada internamente, pues no hay conocimiento de la realidad externa. Las operaciones siempre se darán al interior del sistema.

Por lo tanto, "abierto cognitivamente" no significa otra cosa que el sistema genera las informaciones correspondientes desde la posición de la heterorreferencia y las atribuye a diferencias situadas en el entorno. De este modo, el sistema jurídico depende, por ejemplo en el caso de los problemas de ergonomía o de la prevención de riesgos en el trabajo, de los resultados de la ciencia: se puede tratar de la realización de diferentes cálculos estadísticos, hasta el uso de la metodología empírica.

El sistema no puede tratar los hechos, cuando son jurídicamente relevantes, como si no fueran hechos. Con todo, los hechos no pueden modificar las normas. Precisamente con base en esta cerradura normativa el Derecho se abre a innumerables estados y sucesos del entorno. La diferencia entre hechos y normas alcanza, en el Derecho, un significado que no se encuentra en ningún otro sistema. Lo decisivo es que dentro del sistema jurídico, esta distinción es más importante que en ninguna otra parte.

Ni el hecho de consultar reglas externas, ni el acceder a motivos de la legislación (morales) que se pudieran determinar fácticamente, pueden valer como objeción contra la tesis de la unidad operativa y la autonomía del sistema jurídico. El problema de una decisión concreta puede estar ubicado a veces en la determinación de los hechos, otras en la interpretación de las normas.

La autopoiesis del Derecho se reconoce a sí misma por lo inalienable del estilo normativo de las expectativas. Esto sucede, en la práctica, haciendo referencia al Derecho vigente, que es el que orienta las pretensiones y las decisiones autorizadas.

Visto desde la perspectiva del sistema jurídico debe quedar instalado un filtro por el que los cambios de opinión se tomen como motivo de aprendizaje, es decir, cognitivamente y no como imposición directa de nuevas normas. Por tanto, el sistema de Derecho no es otra cosa que aquel medio de la sociedad usado para dar forma jurídica a las concepciones cambiantes sobre el mundo.

7.4. La función del Derecho.¹⁰⁸

La pregunta acerca de la función del Derecho se plantea aquí en relación con la sociedad. Se trata de ver qué problema de la sociedad se resuelve mediante el proceso de diferenciación de normas específicamente jurídicas y de un sistema jurídico determinado.

¹⁰⁸ LUHMANN, N. La función del derecho. En su: *El derecho de la...* Op. cit. pp181-221.

7.4.1. Generalización.

Es sabido que la función del Derecho tiene que ver con expectativas. Si además se parte de la sociedad y no de los individuos, esta función se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación.

En la más arcaica simbología del "deber ser" de las expectativas, se entiende que al Derecho le corresponde la función de motivar. La relación que mantiene la función del Derecho con el futuro explica la necesidad de simbolización propia de todo orden jurídico. Las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. El Derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desencantos de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse ridículo en relación a sus expectativas.

7.4.2. Nuevo concepto de norma: concepto funcional.

La definición funcional del Derecho que hace esta teoría, trae consecuencias sobre el concepto de norma: se transforma en un concepto funcional, entendiéndola como expectativa de conducta que se estabiliza incluso en contra de los hechos (contrafácticamente¹⁰⁹); no hay una toma de decisión previa en torno a las motivaciones por las que alguien cumple (o no) con las normas.

Muchas teorías del Derecho suponen que la norma se constituye a partir de las motivaciones que llevan a su cumplimiento; con esto, sin embargo, se mueven en terrenos muy resbaladizos. Sin negar la relevancia empírica de estas cuestiones y de su significado para una política normativa, hay que insistir en que la función de la norma no es orientar las motivaciones

¹⁰⁹ Las otras expectativas se denominan cognitivas, y son aquellas que al verse defraudadas deben ser modificadas de acuerdo a la decepción, v. gr. las expectativas de las ciencias exactas.

(allí entrarían demasiadas casualidades y equivalencias funcionales en juego), sino al contrario: estabilizarse, mediante aseguramientos, frente a los hechos.

La norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esta expectativa. Al mismo tiempo, en el orden de la interacción, ofrece ventajas sobre todo en aquellos casos en los que la norma no se cuestiona. La norma favorece, de muchas maneras, su imposición.

La pregunta de si las normas pueden sostenerse en contra de una realidad fuertemente adversa, sólo se formula adecuadamente desde esta teoría.

7.4.3. Estabilización.

Cuando se trata de proyectar algo que es válido aun en el caso de que no se realice como se había planeado, ¿quién puede obtener ese logro? Esta pregunta nos conduce desde la pura teoría centrada en la determinación de la función del sistema, hasta su misma realización en la práctica.

Como condición de validez absoluta de la observación de un código universal y plenamente confiable: derecho/no derecho, en el sistema jurídico se produce el ámbito más estrecho de la decisión jurídicamente obligatoria: ya sea para afirmar, ya sea para cambiar el Derecho.

Aquí se trata de un sistema parcial (un subsistema) de organización; un sistema que se diferencia acudiendo al recurso de la distinción entre miembros/no miembros del sistema. Esta distinción compromete a los miembros a producir decisiones que se rigen por los programas del sistema (variables al interior de la organización), esto es, por las normas jurídicas. Para esta organización sistémica de decisiones en el sistema jurídico, sólo tenemos términos para los aspectos diferenciados: juzgados y parlamentos en el caso del concepto de separación de los poderes judicial y legislativo. Pero no tenemos ningún término para enunciar la unidad de ese sistema. Por esta razón, hablaremos del sistema de organización de las decisiones del sistema

jurídico. Este sistema de decisiones organiza su ámbito propio de operación, a través de un entramado circular: cambia el Derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, en cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el Derecho.

Para este ámbito de decisiones del sistema jurídico, se han desarrollado formas bien establecidas de reflexividad. El caso más conocido es la estandarización de las reglas de procedimiento que, una vez acatadas, conducen a que la decisión que se ha producido tenga, a su vez, fuerza normativa.

El sistema se diferencia sobre la base del carácter reflexivo de sus operaciones. Sólo así fue posible que se desarrollara la confianza en una jurisdicción formal y la aplicación generalizada (y diferenciada) del Derecho, para la estructuración de los problemas de la vida cotidiana.

Pero, ¿cómo se puede mostrar empíricamente esta base del Derecho? Sospechamos que aquí se produce un doble efecto. Por una parte, la rigidez organizacional y profesional del Derecho vigente influye en el crecimiento espontáneo de las proyecciones normativas: restringiéndolas y disciplinándolas. Pero no es posible asegurar las coexpectativas de todos.

La función del Derecho consiste, entonces, en la generalización y estabilización de expectativas normativas. Por supuesto, el sistema será más eficiente mientras mayor diferenciación logre, es decir, mientras más situaciones fácticas tuviésemos cubiertas por normas. En ese caso tendríamos un catálogo de normas adecuadas a cada situación (si x entonces y; si z entonces a; si c entonces g; etc.). Sin embargo, esta alta diferenciación interna aumenta la complejidad del sistema de manera desmesurada, volviéndolo extremadamente inestable y deslizándolo hacia su autodestrucción, porque no se puede dar coherencia a la multiplicidad de expectativas que demandan al Derecho los demás subsistemas. La fórmula que inhibe el colapso es, la justicia.

7.5. Codificación y programación.¹¹⁰

La sola determinación de la función que tiene el Derecho en la sociedad no basta para describir el sistema de Derecho. Es necesario dejar establecido como se orienta para autorreproducirse en operaciones de comunicación. Para esto requiere un código binario, que como hemos dicho es el conforme a derecho/no conforme a derecho. Toda la comunicación que es susceptible de ese lenguaje pertenece al sistema. De esta forma el código es una sencilla entrada al entramado autopoietico del Derecho.

Ahora, el código se aplica según valores llamados programas normativos (leyes en un sentido muy lato), que tienen la característica de ser condicionales. Si se desea que los casos sean tratados de acuerdo al código del Derecho, y no de acuerdo con el código del poder o de cualquier otro interés no contemplado por el Derecho, se debe constatar lo siguiente: los programas del sistema jurídico son siempre programas condicionales.

La forma del programa condicional es una de las grandes conquistas evolutivas del desarrollo social. La forma del “si esto/entonces esto” posibilita la diferenciación de un sistema jurídico con una codificación binaria, para asumir luego en este sistema la función de regular la adjudicación de los valores del código a los casos específicos. También aquí prevalece la forma del “si esto/entonces esto”.

7.6. La justicia como fórmula de contingencia.¹¹¹

Postulamos que la justicia no es un criterio de selección normativa, sino una fórmula de contingencia en el sistema que representa la unidad del sistema en el sistema. Lo explicaremos de la siguiente manera. Dijimos que el sistema como generalizador de expectativas normativas, sería proporcionalmente más eficiente mientras más diferenciado se encuentre. Sin embargo, en

¹¹⁰ LUHMANN, N. Codificación y programación. En su: *El derecho de la...* Op. cit. pp223-273.

¹¹¹ LUHMANN, N. La fórmula de contingencia: justicia. En su: *El derecho de la...* Op. cit. pp276-300.

su propia complejidad el sistema jurídico no puede dar cuenta de todas las situaciones sociales de manera coherente. Pese a esta innegable realidad exigimos al sistema que tenga consistencia en sus decisiones, consistencia que podría alcanzarse si sólo existieran pocos tipos de decisiones exigidas, lo que no es del caso. Además se le agrega el efecto temporal, es decir, que las decisiones se suceden unas tras otras.

Las decisiones del sistema se vinculan a lo que llamamos “Derecho vigente”, el que implica selección de entre múltiples posibilidades. Cada preferencia normativa hace referencia a un sinnúmero de posibilidades que también quedan incluidas. En el caso del sistema jurídico, esta orientación por contingencia se refuerza en la medida en que el sistema reconoce la positivización del Derecho, porque con ello queda concedido que todas las normas jurídicas y todas las decisiones, todas las causas y argumentos podrían tomar, también, otra forma.

En este punto aparece la *justicia como elemento de control, como criterio de consistencia de las decisiones que toma el sistema; ninguna operación ni ninguna estructura del sistema jurídico puede quedar fuera de la expectativa de ser justa, porque ya no habría unidad.*

Ahora, el problema de la justicia se va a limitar a la observación del sistema en el sistema y no a las operaciones ni a nivel del código ni de los programas, por eso la justicia no tiene operatividad normativa directa, lo que no quiere decir que como comunicación moral no la tenga incluso en el plano de decisiones jurídicas.

La justicia es el único mecanismo de control del Derecho, y es interno. El Derecho carece de cualquier mecanismo de control ajeno a él mismo. Podemos decir que el Derecho ofrece a la justicia como su identificación: es un sistema social en donde se trabaja por la justicia.¹¹²

¹¹² “La ley no está determinada ni por las autoridades exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina; la ley está determinada de manera autorreferente, descansa sobre su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad: la aplicación de operaciones legales a los resultados de las operaciones legales. Por tanto, la validez del derecho no puede ser importada desde fuera sino solamente producida desde dentro del derecho”. TEUBNER, G. Cit. CÁRCOVA, C. Op. cit. p75.

En concreto, la justicia se vincula a la relación entre generalización y reespecificación en las decisiones y, en la más larga tradición socio-cultural-filosófica, a la forma de igualdad. Por supuesto, no se trata de mantener la igualdad sino de no vulnerarla; “el sistema no provee decisiones consistentes, cuando violenta el principio de igualdad, es decir, cuando por cualquier operación propia, precluye la posibilidad ulterior de decidir, del mismo modo como ya ha decidido antes, un caso de naturaleza similar”.¹¹³

CAPÍTULO III

DERECHO DEL TRABAJO.

1. El Derecho del Trabajo como evolución del sistema de Derecho.

1.1. Diferenciación hacia la especialidad laboral como reducción de complejidad.

Como señaláramos antes, la evolución del Derecho occidental es un ejemplo de cómo un sistema, ante la complejidad de su entorno, se diferencia de ese mismo entorno mediante la reducción de complejidad, lo que, sin embargo, trae como consecuencia un aumento de la complejidad interna del sistema: el paisaje interno del sistema se hace más complicado (v. Cap. II, 4.2.).

¹¹³ CÁRCOVA, C. Op. cit. p74.

La diferenciación funcional del Derecho como sistema en diversas áreas (civil, penal, ramas especiales) permite que el abanico de relaciones regulables aumente y también permite una mayor eficiencia en su regulación. En términos materiales tenemos que: si aparecen nuevas cosas v. gr. aeronaves, aparece el derecho aeronáutico; aparecen nuevas relaciones v. gr. trabajo en naves, aparece la regulación especial correspondiente. La complejidad del mundo es reducida por el Derecho a través de un estado dinámico de especialización y parcelamiento, es decir, se hace una diferenciación normativa que permite regular cada espectro de relaciones en las características particulares necesarias.

La aparición y desarrollo del Derecho del Trabajo, desde la perspectiva de esta teoría, corresponde a una tendencia general de los sistemas a reconstruirse de manera evolutiva cuando su autonomía es atacada por los otros sistemas del entorno. El Derecho del Trabajo es una reacción del propio sistema al verse abrumado por otros, como el Económico.

Ahora, la relación que existe entre el Derecho del Trabajo y el entorno es clara desde sus comienzos, siendo reconocido por la misma doctrina como un constructo social específico dentro del sistema general de Derecho directamente determinado por las influencias del entorno sobre éste. Es posible sostener, entonces, que el Derecho del Trabajo comienza a visualizarse en el ordenamiento jurídico a través de normas jurídicas de carácter social aisladas-asistemáticas del siglo XIX y su surgimiento se produce a consecuencia de “un ámbito de opción política determinada por la correlación de fuerzas sociales imperante y por las concepciones culturales dominantes. Dicho en otras palabras: en su advenimiento existe un papel fundamental de la cuestión social, los conflictos de clases y su trascendencia política, lo que remite a los factores base de poder que detentan los distintos agentes y a la lucha por hacerse con el poder estatal y de gobierno (público y privado) en las relaciones laborales, y muy por el contrario no es un producto “natural” e inevitable de la industrialización capitalista como se mantiene desde las concepciones puramente funcionales de la dinámica de los procesos sociales”.¹¹⁴

¹¹⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis. Introducción al Nuevo derecho del Trabajo: Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. p42.

De esta manera, este conjunto sistematizado e integrado de normas, principios e instituciones, surgió como tal a causa de un proceso de diferenciación en el ámbito de las relaciones sociales y de lo político, que desencadenó a su vez un proceso de diferenciación jurídica,¹¹⁵ y esta diferenciación permite precisamente justificar su carácter de especialidad, dicho esto en relación al ordenamiento jurídico general.

Siguiendo a ALONSO OLEA,¹¹⁶ puede decirse que una disciplina es especial cuando “está referida a un sector específico del ordenamiento dominado por una modalización (diferenciación) del Derecho”, y esta modalización, la especificidad del área del ordenamiento jurídico y el carácter especial de la disciplina misma, puede estar determinado a su vez por la presencia de unas categorías diferenciadas de sujetos (trabajadores/empleadores), de actos o relaciones (relación o contrato de trabajo) o de objetos jurídicos (el trabajo humano regulado por el Derecho del Trabajo), correspondiendo la elección del criterio definidor de la especialidad, y la consiguiente delimitación de la disciplina, a las circunstancias históricas y concepciones jurídicas de cada país,¹¹⁷ elección que de alguna forma evidencia lo que se estima deba ser el papel que la disciplina en cuestión habrá de jugar en el conjunto del ordenamiento jurídico.

1.1.1. Diferenciación del objeto.

Ya establecimos que el Trabajo es un sistema en donde convergen todos los sistemas posibles. Luego, uno de esos sistemas es la sociedad dentro del cual reconocemos el sistema social de Derecho y el sistema social de Trabajo.

¹¹⁵ Las causas de esa diferenciación en el ordenamiento jurídico, no son exclusivamente jurídicas, sino más bien meta-jurídicas.

¹¹⁶ ALONSO O., M. *Introducción al...* Op. cit. p6ss.

¹¹⁷ Frecuentemente la doctrina ha establecido como criterio (cuando identifica alguno), el estar en presencia de una categoría de individuos determinados, así p. ej. KROTOSCHIN señala que el Derecho del Trabajo es un derecho especial en el sentido de que hace referencia a determinadas categorías de personas, en su calidad específica de trabajadores dependientes o de patronos, que los hace sujetos de ese Derecho. KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*. 2ª ed. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1968. V.1. p9. Así también en GAETE BERRÍOS, Alfredo. *Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1966. p25

Dentro del sistema de Trabajo, el Derecho tiene múltiples influencias. La actividad de su normativa se extiende de una u otra forma a todos los elementos que configuran el entorno del Trabajo: organismos vivos, materiales, máquinas, procesos psíquicos. Sin embargo, la diferenciación evolutiva del Derecho se encarga de regular los elementos y sus relaciones en parcelas que hacen referencia a su objeto primordial (así p. ej. medioambiente, propiedad industrial), lo que busca una mejor generalización y estabilización de las expectativas normativas de cada área.

Una de dichas parcelas normativas es el Derecho del Trabajo, que también se refiere a un objeto específico dentro del sistema de Trabajo y dentro del sistema social de Trabajo.

El objeto del Derecho del Trabajo, consiste en una específica realidad social, definida por la prestación de determinadas acciones en determinadas condiciones,¹¹⁸ y que el ordenamiento jurídico laboral pretende regular institucionalmente, “con la finalidad de prevenir, y en su caso, controlar el conflicto por excelencia: el conflicto social”.¹¹⁹

La amplitud admitida para circunscribir este objeto varía en las legislaciones laborales de cada país y a su respecto se ha observado el fenómeno del expansionismo y reduccionismo, por cuanto aquéllas “han venido ampliando paulatinamente su ámbito objetivo y subjetivo reconociendo así la condición jurídica de trabajadores a más colectivos de personas (expansionismo), a las cuales, en consecuencia, se les ha atribuido derechos laborales” y por el contrario “también resulta conocido el fenómeno de la huída del Derecho del Trabajo, es decir la conocida práctica consistente en que a verdaderos trabajadores, subrepticia o fraudulentamente,

¹¹⁸ Esto es “las relaciones sociales de producción capitalista, es decir, todos los problemas relacionados con la adquisición y el uso de la fuerza de trabajo en el mundo asalariado”. MONEREO, J. Op. cit. p16. Sobre el trabajo regulado por el Derecho del Trabajo, v. Supra. Cap. II, 4.3.

¹¹⁹ PÉREZ AMORÓS, Francisco. Retos del Derecho del Trabajo del futuro. Revista de Derecho Social (32): 45-78, oct-dic. 2005. p47.

no se les reconoce tal condición produciéndose así un menoscabo indeseado del ámbito subjetivo de tal rama jurídica”.¹²⁰

De todas maneras, como los límites de nuestro sistema no son límites físicos que se marquen por individuos, materiales o conductas, sino límites de sentido, la forma que adquiere el sistema social de Trabajo estará determinada por la comunicación que cree una relación de dirección, correspondiendo al Derecho determinar qué ámbitos de ella (individuos, materiales, conductas) producen efectos jurídicos y bajo cuál o cuáles de sus parcelas serán observados.

1.2. Autonomía de la disciplina como evolución.

Siguiendo las ideas de LUHMANN, podemos decir que la evolución del Derecho implicada en la aparición del Derecho del Trabajo se manifiesta en lo que se ha llamado su autonomía. Podemos decir que el Derecho evoluciona cuando existe una variación semántica, una modificación en el lenguaje de la comunicación propiamente jurídica. La variación semántica constituye el cambio basal de todo el Derecho, pues las realidades nuevas se manifiestan primero en el vocabulario y luego se transforman en norma. Si se modifica la operación comunicativa básica haciéndola heterogénea se modifican las estructuras y además estas modificaciones no causan desestabilización del sistema completo. En este sentido tendremos evolución y no un mero cambio.¹²¹ Estamos hablando en definitiva, de la capacidad de adaptación del sistema ante cambios que no se hayan planificados.

El modelo evolutivo propone la secuencia variación/selección/estabilización. La variación necesaria tiene que ver con expectativas inesperadas, situaciones de anormalidad, por

¹²⁰ Ídem. p48. Respecto a la denominada huida del Derecho del Trabajo, DURÁN LÓPEZ destaca “que se avanza, paradójicamente, hacia una situación en la que una normativa cada vez más protectora, protege a cada vez menos personas”. DURÁN LÓPEZ, Federico. El futuro del Derecho del Trabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo (78): 601-617, jul-ago. 1996. p608.

¹²¹ Existe conciencia de que el paso del tiempo ha traído una correlativa evolución del Derecho; es indudable que el Derecho de nuestros tiempos es mucho más complejo que el de tiempos anteriores. Se reconoce la historia del Derecho en relación a las fuentes de éste, sin embargo, no se ha establecido con precisión qué significa el término evolución, a lo sumo se usa como analogía del concepto darwiniano. Usamos el mismo término, pero en el contexto de una teoría general de la evolución con aplicación múltívoca. El análisis histórico sirve para dar unidad cronológica al Derecho, en cambio, lo que a nosotros nos importa será qué condiciones deben darse para cambios estructurales no planificados. Véase LUHMANN, N. *La evolución del...* Op. cit.

eso la evolución es reactiva y por eso la norma sólo se hace patente frente a los hechos, siendo el umbral evolutivo la sujeción al Derecho vigente, es decir, mientras los hechos (en estricto rigor, las expectativas) se condigan a la normativa vigente la evolución no se activará. La variación supone una modificación en el contenido de sentido de la norma, lo que sólo es posible en el sistema autopoietico de comunicación de la sociedad, toda vez que la norma es reobservada e interpretada continuamente. Es decir, el contenido de sentido fijado en un momento, queda expuesto a condensación y expansión, en definitiva, a enriquecimiento semántico (primero hablamos de convención, luego de contrato, luego de contrato de trabajo, luego de contrato de trabajo por obra o servicio determinado,...). Precisamente es gracias a este enriquecimiento semántico que los mecanismos de evolución pueden seleccionar: observar, clasificar y segregar las realidades nuevas de las antiguas para trazar la distinción entre unas y otras, y acentuar las diferencias que las hacen separarse.

Luego, el modelo evolutivo planteado es circular, no lineal: ante los estímulos externos se reacciona con variación y al mismo tiempo con estabilidad, la que sirve para volver a estimular variaciones. Las mismas cualidades de las disposiciones del Derecho para su estabilización (las normas como unidades contrafácticas) son dinámicas y manipulan su variación, por eso el mismo Derecho es caldo de cultivo de conflictos debido a la masiva regulación de situaciones.

Ahora bien, dado que el Derecho es un orden y todo orden supone exclusiones, él mismo ofrece la posibilidad de bifurcación, de desviación hacia lo excluido. Si se explora lo excluido y se encuentran ventajas utilizables por el mismo orden, de manera inadvertida (al menos en principio) se formará un nuevo orden. Esta secuencia es patente en la separación del contrato de trabajo de los principios de la contratación civil. En un principio la figura contractual especial no existía, por lo que las relaciones laborales se regían por el contrato civil, el cual de antemano excluía por principio de igualdad cualquier trato preferente hacia uno de los contratantes, sea cual fuere su rol: empleador o trabajador. Sin embargo, cuando se exploró el camino cerrado bajo la argumentación de la igualdad, se aceptó que las razones esgrimidas por los trabajadores para un trato preferente eran legítimas y debió crearse una figura contractual nueva: el contrato de trabajo. Este contrato recoge aquello que, precisamente, la figura clásica excluía: el trato preferencial de una de las partes.

A través de estas explicaciones se puede entender fácilmente el porqué las ramas especiales del Derecho siempre sitúan sus orígenes en la aparición de normas aisladas que se distinguen del contexto general en que se encuentran. Esto sucede porque al acaecer una situación cualquiera que implica una expectativa que no es esperada por el ordenamiento, al ser insoslayable el pronunciamiento, se centra el debate en la norma existente. El sentido de esta norma se reobserva y si se logra su expansión, luego se selecciona el sentido que se separa del original pasando a formar parte del universo normativo y quedando listo para su propia reobservación y reutilización (v. gr. la normativa civil no es la adecuada para reglar la relación laboral, ergo, creamos la normativa del Código del Trabajo. Luego, esta última figura no es la adecuada para reglar la relación laboral de los docentes, ergo, creamos el Estatuto Docente). Simultáneamente, el contenido de sentido original, por ser contrafáctico, se reafirma en la negación de aplicación (la normativa civil se sigue usando para los casos no cubiertos por la normativa especial laboral), lográndose la estabilización.

Lo anterior es observable en el Derecho occidental, el que transita desde una regulación genérica, hacia una creciente división temática cuyo eje es la distinción entre Derecho civil y penal. Desde la parcela del Derecho civil surge la sección que nos importa de forma principal: el Derecho del Trabajo. Luego, la evolución del sistema de Derecho trae como consecuencia el que la especialidad goce de peculiaridades. En estas peculiaridades se refleja la evolución del Derecho, en cuanto es reacción a la acción de otros sistemas que tratan de atacar su autonomía. Por lo tanto, es en la autonomía del Derecho del Trabajo en donde el Derecho refuerza la propia, porque siempre una mutación en un sistema, cualquiera que éste sea, hará que éste se vuelva más fuerte.

Pues bien, respecto a la autonomía de una disciplina jurídica,¹²² se ha entendido por tal la reunión de dos aspectos: (1) que el objeto o materia social sobre los que versa, sea un objeto

¹²² Partimos de la base, en los términos de ALONSO OLEA, de la unidad intrínseca y compleja del ordenamiento jurídico “sin divisiones claras, ni rígidas, ni fijas, lo que tiene su reflejo en las muy abundantes conexiones entre las varias disciplinas y las muy amplias “zonas de contacto” entre ellas”. ALONSO O., M. *Introducción al...* Op. cit. p6.

relevante, tanto como para exigir para sí un derecho propio¹²³ y (2) que esa materia social sea disciplinada por un verdadero sistema normativo, con principios e instituciones que ninguna otra rama del Derecho pueda adoptar¹²⁴, y en orden a estas consideraciones se afirma (desde un punto de vista socio-jurídico) la autonomía relativa¹²⁵ del Derecho del Trabajo.

Esta disciplina goza por un lado de técnicas y principios peculiares, y por otro, comparte los ya existentes en otras ramas jurídicas, los que va singularizando y transformando según su propia peculiaridad, tanto en el tratamiento de su dimensión individual como colectiva; y es que “la reconstrucción sistemática del derecho coordina, pues todas las normas que caben en el derecho especial del trabajo; las coordina en un sistema aparte, unitario, a pesar de mantenerse siempre vivos los nexos con el derecho privado común y eventualmente con el derecho público”.¹²⁶

Dicha autonomía relativa también se sostiene desde un análisis técnico-jurídico, ya que si bien no existe una homogeneidad de sus técnicas instrumentales (muchas son compartidas con otras disciplinas), “las peculiaridades que se introducen en las técnicas compartidas inicialmente procedentes de otros sectores acaban incidiendo en la propia configuración de las técnicas utilizadas en cuestión”.¹²⁷

¹²³ De manifiesto en KROTOSCHIN al señalar que “regular el trabajo dependiente, teniendo en cuenta la importancia económica-social a que había llegado y apreciando debidamente el papel que los trabajadores dependientes desempeñaron en la evolución de la sociedad entera, no pudo y no puede significar otra cosa que crear para estos trabajadores un estatuto conforme a esas premisas”. KROTOSCHIN, E. Op. cit. p8.

¹²⁴ MONTOYA M., Alfredo. Cit. MONEREO, J. Op. cit. p50.

¹²⁵ MONTOYA sostiene que “la peculiaridad, y hasta la autonomía, del Derecho del Trabajo se pone (...) de manifiesto en el sistema normativo que le proporciona su andamiaje ordenador. Junto a normas compartidas con los restantes sectores del Derecho y desprovistas, en suma, de especialidad jurídico laboral, como ocurre con la ley o con el reglamento o con la costumbre, apenas diferenciada de la civil con la adjetivación de profesional; junto a estas normas comunes, digo, el Derecho del Trabajo conoce una fuente absolutamente autóctona e ignorada en los restantes dominios del Derecho; me estoy refiriendo al convenio colectivo de condiciones de trabajo, emanado del singularísimo poder social que son los sindicatos y las asociaciones patronales”. MONTOYA M., Alfredo. Derecho y Trabajo. Madrid, Civitas, 1997. p36-37.

¹²⁶ BARASSI, Ludovico. Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Edit. Alfa, 1953. Tomo I, p235.

¹²⁷ MONEREO, J. Op. cit. p63.

Sin perjuicio de lo anterior, el Derecho del Trabajo goza de fuentes y de técnicas propias, tales como la autonomía colectiva, y los convenios colectivos y la huelga, respectivamente.

Sobre el particular, pueden citarse en la legislación laboral chilena: la potestad sancionatoria que asigna la ley al empleador respecto de determinadas conductas del trabajador, su contraparte (art. 154 n° 10 Código del Trabajo¹²⁸); el poder de mando, como poder de reglamentación del empleador respecto de la otra parte en el contrato, apreciable en su facultad de modificar unilateralmente la ley del contrato (*ius variandi*, art. 12 Código del Trabajo¹²⁹); y, el denominado efecto extensivo del contrato colectivo, en virtud del cual el empleador se encuentra facultado para practicar una extensión normativa a terceros (trabajadores) ajenos a los instrumentos de negociación colectiva de que se trate, en los supuestos de hecho del artículo 346 del Código del Trabajo.^{130 131}

¹²⁸ Art. 154. El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones: n° 10 Las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria.

¹²⁹ Art. 12. El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, a condición de que se trate de labores similares, que el nuevo sitio o recinto quede dentro del mismo lugar o ciudad, sin que ello importe menoscabo para el trabajador.

Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos.

El trabajador afectado podrá reclamar en el plazo de treinta días hábiles a contar de la ocurrencia del hecho a que se refiere el inciso primero o de la notificación del aviso a que alude el inciso segundo, ante el inspector del trabajo respectivo a fin de que éste se pronuncie sobre el cumplimiento de las condiciones señaladas en los incisos precedentes, pudiendo recurrirse de su resolución ante el juez competente dentro de quinto día de notificada, quien resolverá en única instancia, sin forma de juicio, oyendo a las partes.

¹³⁰ Art. 346. Los trabajadores a quienes el empleador les hiciere extensivos los beneficios estipulados en el instrumento colectivo respectivo para los trabajadores que ocupen los mismos cargos o desempeñen similares funciones, deberán aportar al sindicato que hubiere obtenido los beneficios, un setenta y cinco por ciento de la cotización mensual ordinaria, durante toda la vigencia del contrato, a contar de la fecha en que éste se les aplique. Si éstos los hubiere obtenido más de un sindicato, el aporte irá a aquél que el trabajador indique.

2. Las funciones del Derecho del Trabajo.

La conformación que tiene el Derecho es la de una función de la sociedad referida al problema específico del que se hace cargo. Este problema es el de las expectativas en el mundo y resulta del acoplamiento estructural del Derecho con el entorno. Toda comunidad industrializante va a crear relación de director-dirigido, y ante ellas todo Estado intervendrá para regularlas jurídicamente. Luego, la función del Derecho del Trabajo resuelve problemas de un ámbito relevante: el Trabajo.

Acá entendemos la función en su sentido matemático, es decir, como un esquema lógico regulador que permite la comparación como equivalentes funcionales de sucesos que desde otra perspectiva serían incomparables. La función propia del Derecho y que sólo puede cumplir el Derecho (porque la función privativa de cada sistema no puede ser cumplida por ningún otro sistema), es la protección contrafáctica de expectativas, es decir, aquélla que promete el apoyo institucional ante su defraudación.

2.1. Relaciones entre el Derecho, el Trabajo y los demás sistemas sociales.

Sin afán de caer en pleonasmos reiteramos que los sistemas sociales son sistemas clausurados en su operación, pero abiertos cognitivamente al entorno. La afirmación es válida tanto para Derecho como para Trabajo en cuanto los reconocemos como sistemas sociales. La autopoiesis en ambos casos significa que las operaciones propias, comunicación que produce efectos jurídicos y comunicación que crea relaciones laborales respectivamente, son posibles por los resultados de las mismas operaciones precedentes. Comunicación que genera más comunicación.

¹³¹ Caracterizan al Derecho del Trabajo como rama autónoma. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Lineamientos del Derecho del Trabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2006. p10.

2.1.1. El Trabajo y el Derecho en un esquema de niveles.

En un intento de explicar unas ecuménicas relaciones entre el Trabajo y el Derecho y los demás sistemas sociales, teniendo en cuenta la clausura operacional, proponemos reconocer cuatro niveles para observar el mundo:¹³²

Nivel cero, nivel elemental: corresponde al conjunto de nuevos elementos en el mundo, es el nivel de referencia basal que aporta nueva información o nuevo conocimiento al mundo. Se trata de las realidades menos complejas.

La comunicación que se da entre, por y para los elementos basales crea los siguientes niveles como sistemas sociales autopoieticos:

Nivel uno, nivel de estructuras sociales: economía, tecnología y trabajo.

Nivel dos, nivel de la cultura: es el ámbito del mundo de la vida, de las realidades cotidianas, de la realidad práctica.

Nivel tres, nivel de la política: que trabaja con el poder y le corresponde resolver los problemas que se susciten. Es un nivel de dirección.

Conocer las maneras en que interactúan los sistemas es indispensable, toda vez que la teoría sistémica muestra que no existe contacto ni conocimiento de la realidad externa al sistema fuera de sus operaciones, las que, por definición, siempre se darán dentro del mismo sistema. Por eso, mientras más énfasis se ponga en la clausura operativa de los sistemas, y en especial se diga que la clausura del Derecho es una clausura normativa, más importante se vuelve la pregunta relativa a las relaciones del sistema con su entorno, ya que la existencia de un sistema depende, precisamente, del entorno.

¹³² A diferencia de los tres que propone BELL. Véase BAÑERES P., L. Op. cit. p51ss.

La diferenciación funcional de los sistemas implica *per se* la creación de lógicas disyuntivas transmitidas como información en las comunicaciones; la Economía actuará según su propia lógica, la Política actuará con su propia lógica, la Moral actuará con su propia lógica, el Trabajo.... Lo anterior significará que exista una diferencia de ritmo en el movimiento de los sistemas. Volviendo al esquema de niveles diremos que la variación del Nivel cero, nivel de elementos causa una variación en el Nivel dos, nivel de la cultura porque crea nuevas formas de vida, las que a su vez causan una modificación en el Nivel uno, nivel de las estructuras sociales como el Trabajo. Todas estas relaciones van a causar, finalmente, problemas “gerenciales” o de dirección, es decir, van a estresar el Nivel tres, de la política que debe resolver los problemas.

Así podemos citar un ejemplo: tomamos como elementos basales a los individuos, a las radiaciones solares y al ozono de la atmósfera. Con la disminución notable de la presencia de ozono, se ha exacerbado la acción dañina que las radiaciones solares tienen sobre la piel. Podemos notar acá la modificación que hay en el nivel cero, en los elementos (disminución del ozono) y en sus relaciones (acción dañina sobre la piel). Luego, el nivel dos, el nivel simbólico de la cultura, acuñará estos cambios y desarrollará una respuesta manifestada en la adopción y promoción de hábitos de cuidado, los que se desarrollarán en la vida cotidiana como una industria o en la vida familiar. Estos cambios en las formas de vida procrean cambios en las estructuras sociales (nivel uno), así se activarán desarrollos académicos e industriales dedicados al tema, y se demandará por los trabajadores las necesarias condiciones para evitar daños. Finalmente, la entrega de materiales para salvaguardar la salud de los trabajadores será establecida como una relación normativa, en el nivel tres.

Ahora bien, los problemas gerenciales son problemas de orden de elementos, lo que significa problemas de información, ergo, de sentido, en definitiva de racionalidad comunicada. Esto nos devuelve nuevamente a las **ciencias** como mejor medio para tratar la información, pero no a cualquier ciencia, sino a la que se ubica en el Nivel tres, nivel de la política que está destinada a resolver los problemas relacionales. Esa ciencia es el Derecho.

La apertura cognitiva del Derecho a su entorno se manifiesta a través de su normativa, pues en ella toma cuerpo la responsabilidad del Derecho frente al mundo, en ellos cumple su

función. Como veremos más adelante el sistema de Derecho puede caracterizarse con una distinción entre centro/periferia, donde el centro está constituido por los tribunales (órganos jurisdiccionales para ser más precisos) y la periferia por todo aquello que no sea trabajo jurisdiccional (esencialmente legislación y derecho contractual). Luego, esta periferia del Derecho es muy susceptible al entorno, en ella se presentan intereses de cualquier índole que tratan de imponerse por todos los medios posibles, sin que importe la distinción de intereses legales/intereses ilegales. Precisamente por eso la periferia sirve de zona de contacto con otros sistemas de funciones de la sociedad: Trabajo, Economía, Familia, Educación, Política, Ciencia, etc., todos los cuales buscan la legitimación y consiguiente apoyo institucional de sus expectativas. Esto puede significar una problemática para el Trabajo u otro sistema porque sus relaciones se hacen más complejas. En ningún caso se trata de una problemática mayor, sino de un aumento de posibilidades que es mejor, pues si se eliminara la normativa laboral ¿las relaciones laborales mejorarían?

El problema se encuentra en que el Derecho pierde legitimidad en los subsistemas cuando no cumple eficazmente su labor, o cuando no es coincidente con las expectativas de los otros sistemas. En ese caso se van creando órdenes emergentes de disgusto que cuando se vuelven culturales acarrear corolarios nocivos (v. gr. la idea de la lucha de clases).

2.1.2. Los acoplamientos estructurales del Derecho y del Trabajo.

El Derecho aparece como receptivo a las percepciones, irritaciones, perturbaciones del entorno, incluso, si la vinculación es urgente se llegan a desarrollar acoplamientos estructurales entre el Derecho y otros sistemas. A través de estos acoplamientos estructurales se produce un ensamblaje de sistemas en que por una parte se gana complejidad y se obtienen prestaciones de manera recíproca: el Derecho obtendrá elementos que regular de los otros sistemas y, a su vez, otorgará normatividad a éstos. Además se produce la selectividad y concentración de la irritabilidad que ya explicamos en un capítulo anterior (Supra. Cap. III, 1.2.), con lo que se logra que la información que otorga un sistema a otro penetre con mayor rapidez y se posibilite una mejor evolución que la que ocurre por el puro contacto casual de los sistemas.

“Entre derecho y economía el contrato y la propiedad son mecanismos de acoplamiento estructural, la Constitución lo es en relación al sistema político, la justicia puede operar también como acoplamiento del derecho con la moral; es decir, mediante los acoplamientos el derecho puede ganar elementos de la complejidad de otros sistemas a la vez que esos sistemas pueden obtener prestaciones de la complejidad legal. La ventaja de ello es que las distinciones se mantienen y al mantenerse la contingencia de la complejidad externa puede aportar nuevas soluciones a problemas antiguos o a problemas nuevos”.¹³³

El principal acoplamiento entre Derecho y Trabajo es el contrato de trabajo, pero además existen otros vinculados a los instrumentos colectivos como la negociación colectiva, el derecho a huelga y los sindicatos, (cuyos exponentes de nivel nacional como la Central Unitaria de Trabajadores se acoplan al sistema Político); el nuevo procedimiento de Tutela de derechos fundamentales, lo es en relación a la Constitución.

“Sindicatos y organizaciones empresariales son “asociaciones”, un tipo específico de organización cuya afiliación no depende del dinero (como en las empresas) sino de la representación. Como tales pertenecen al sistema político al que permiten el acoplamiento estructural con los demás sistemas funcionales. Mediante las asociaciones, el sistema político se informa sobre las expectativas de los demás sistemas funcionales hacia la política y, al revés, los demás sistemas reciben señales del sistema político. Las asociaciones figuran en esta construcción como puntos de identificación de las expectativas recíprocas de los sistemas acoplados. La necesidad de organización/asociación se deriva del carácter de “buzón” de las expectativas, de aportar una dirección definida y reconocida para las expectativas de los sistemas acoplados mientras otras formaciones sociales como los movimientos sociales carecen de este carácter. En este sentido hay que diferenciar claramente entre los sindicatos como asociaciones y el movimiento obrero como movimiento social”.¹³⁴

¹³³ MASCAREÑO, A. *Una rosa...* Op. cit. p304.

¹³⁴ KOHLER, H. y ARTILES, M. Op. cit. p187.

“La negociación colectiva entre asociaciones autónomas significa la autopoiesis de la conflictividad ya que siempre pone como referencia futuras negociaciones conflictivas sin solucionar jamás el conflicto de fondo. De esta forma, la relación entre sindicatos y organizaciones empresariales está caracterizada por dos aspectos fundamentales:

1) el carácter asociativo que permite el acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema económico.

2) el carácter conflictivo que genera una duradera (autopoiética) comunicación contradictoria.

La conflictividad produce una comunicación agitada, orientada más al adversario que a la función específica de la asociación, y tiende a una irritación exagerada de los sistemas acoplados. El riesgo consiste en que la comunicación de las asociaciones económicas, atrae demasiada atención y recursos de los sistemas involucrados, monopoliza los posibles acoplamientos entre ellos y excluye otros ámbitos sociales, como consumidores y desempleados. Los sistemas sociales irritados por acoplamientos estructurales conflictivos corren peligro de volverse demasiado parciales, excluyentes, inflexibles y debilitar su propio sistema inmunológico”.¹³⁵

2.2. Crítica a la concepción sistémica: incapacidad para orientar la praxis jurídica.

Siguiendo al profesor MASCAREÑO¹³⁶ podemos sostener que la principal crítica a la concepción sistémica del Derecho hasta aquí esbozada, está dada por la incapacidad que ésta tendría para orientar la praxis jurídica. Es decir, la teoría sistémica aplicada al Derecho sería pura tecnología meramente descriptiva del cambio social por evolución, pero incapaz de dar orientación a la praxis jurídica en una sociedad altamente compleja. Habría falta de pragmática

¹³⁵ Íd. p189.

¹³⁶ MASCAREÑO, Aldo. Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo [en línea]. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2006. <http://sociologia.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/etica_contingencia.pdf> [consulta: 16 de agosto 2008].

sistémica, en el sentido que el Derecho no puede orientar la evolución de los otros sistemas. La incapacidad de un tipo de planificación del estilo se hace patente en sistemas como la Familia o el Trabajo, los cuales se forman en torno a operaciones como intimidad y compromiso que se resisten a las consideraciones jurídicas, en otras palabras, el que exista inclusión del individuo o coordinación conductual adecuada de la fuerza de trabajo es algo que no puede orientarse a través de normativa jurídica.

Esta falta de pragmática se daría por la indiferencia que la teoría sistémica tendría respecto de las consecuencias que acarrea para los individuos el hecho de que el funcionamiento de los sistemas sociales sea de clausura operativa y la consecuente indeterminación de los resultados de las operaciones. Esta indeterminación se da por la exclusión de control externo sobre las operaciones del sistema debido a que éstas son internas y carecen de contacto con influencias del entorno. Por tanto, la autopoiesis sólo daría origen a un sistema conservador que repite nada más, lo ya existente. Recordemos que hemos visto la forma como evoluciona el sistema de Derecho a través de mecanismos primarios¹³⁷, los cuales abren las operaciones a comunicaciones inesperadas (presentadas como irritaciones), pero que siempre van a operar internamente sin que pueda admitirse ningún tipo de determinación externa, lo que frustra cualquier intento de planificar la evolución de un sistema, cualquiera que éste sea.¹³⁸

Como corolario del razonamiento anterior se tiene: debido a la autonomía de la autopoiesis sólo se puede confiar la sobrevivencia del sistema a los mecanismos primarios de

¹³⁷ Variación/selección/estabilización.; v. Cap. III, 1.2.

¹³⁸ Desde la estructura interna de la teoría este vicio se produce por lo que HABERMAS llamaría exclusión de la perspectiva interna, puesto que la teoría sistémica no se construye desde la perspectiva de los partícipes. Como sabemos la teoría de la racionalidad discursiva habermasiana parte de la distinción entre facticidad/validez, donde esta última está dada por hechos que ocurren habiendo entendimiento y legitimación por criterios de razón discursiva. Las normas son válidas sólo en cuanto todos los individuos afectados por ellas prestan su consentimiento como partícipes de discursos racionales. Se trata, entonces, de una teoría consensual de la verdad, basada en el *telos* inmanente del lenguaje humano. Véase HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho en teoría de discurso. Madrid, Trotta, 1998.

Sin embargo, la misma complejidad de las situaciones produce el quiebre de la racionalidad discursiva puesto que es imposible sostener un discurso legitimante cuando se opera en terrenos de diferente lógica. Esto es lo que ocurre, precisamente, en sociedades que por hipercomplejidad se diferencian funcionalmente y en que siempre está presente la contingencia. Ergo, no puede buscarse legitimación de las normas en el mundo (como lo hace HABERMAS) cuando este mismo mundo se equipara a la contingencia; el mundo sólo es horizonte de todas las posibilidades.

evolución, ergo, el Derecho no puede guiar a los demás sistemas en su desarrollo más allá de la interacción que se dé entre ellos a través de la evolución primaria, ni los otros sistemas pueden guiar el desarrollo del Derecho fuera de estas interacciones de evolución.

No existe posibilidad de planificación por la inmanejabilidad del futuro en un mundo de hipercomplejidad. Sin embargo, es desde las mismas características de complejidad y contingencia que acuña la teoría sistémica, desde donde se busca rebasar la clausura operativa de los sistemas permitiendo que el Derecho pueda orientar la praxis jurídica de los otros sistemas sociales, pero siempre la praxis jurídica.

Frente a estas consideraciones han aparecido respuestas que pasamos a estudiar y que, adelantamos, poseen su mayor característica en el énfasis reflexivo del Derecho.

2.2.1. Orientación contextual.

Haciéndose cargo del problema expuesto WILLKE plantea la llamada Teoría de la orientación contextual.¹³⁹ Esta teoría busca guiar la evolución de un sistema sin interferir en su autopoiesis, es decir, busca cómo hacerse cargo de las consecuencias de la evolución de la sociedad para la misma sociedad.

Se parte de la premisa del fracaso del mero pensamiento planificador debido a la inmanejabilidad de la alta complejidad y de la futureidad de las operaciones. Se suma a estos presupuestos el reconocimiento de la insuficiencia de la pura evolución como mecanismo de avance para un sistema.

Dentro de este marco la Teoría de la orientación contextual se concibe como una capacidad de poder calcular el efecto de las variables que cada sistema ofrece para otros sin que signifique de ninguna manera una imposición autoritaria: “En lo fundamental, orientación

¹³⁹ *Kontextsteuerung*.

contextual significa la orientación reflexiva y descentral de las condiciones contextuales de todos los sistemas parciales y la autoorientación autorreferencial de cada sistema parcial por sí mismo. Orientación descentral de las condiciones contextuales quiere decir que un mínimo de orientación común o de “visión de mundo” es imprescindible, pero también que ese contexto común ya no puede ser fijado por una unidad central o por una cima de la sociedad”.¹⁴⁰

El Derecho se presenta como el sistema que está en mejores condiciones de lograr esta propuesta. Idealmente se trata de que el Derecho norme cada sistema según las reglas factuales de cada sistema, lo que implica reflexividad aumentada. No habría imposición directa e irreflexiva de reglas a través de normas, sino ofrecimientos a estos sistemas para que se autorregulen; como cada sistema es autónomo, es imposible no reconocer lo ficto que resulta la esperanza de una integración normativa general de la diferenciación funcional; cada sistema requiere de normativas distintas, es decir, son distintos los rendimientos del Derecho exigidos por la Familia, la Economía, la Educación, la Ciencia, el Trabajo, etc. Huelga decir que en muchos casos estas exigencias son incompatibles.

Si recordamos la clausura operativa de los sistemas, recordamos que no hay criterios externos que guíen la intervención, siendo las mismas instancias afectadas las que deben desear el cambio, pues no existe una intervención espontánea de los procesos regulatorios del Derecho; la orientación contextual debe ser solicitada de una u otra manera.

“El Derecho entonces, se debe limitar a instalar, corregir y redefinir mecanismos autorregulatorios de sistemas autónomos, sin buscar una armonía global de la diferenciación. Es una especie de garante de determinadas reglas del juego a las que cada sistema conecta las condiciones de reproducción de su propia autopoiesis; debe reconocer el lenguaje y las diferencias y distinciones relevantes del sistema que se busca regular”.¹⁴¹

¹⁴⁰ WILLKE, H. Cit. MASCAREÑO, A. *Ética de la contingencia...* Op. cit. p7.

¹⁴¹ MASCAREÑO, A. *Ética de la contingencia...* Op. cit. p8.

Hemos hecho hincapié en la característica reflexiva que debe adquirir el Derecho, esto se debe a que para hacer “ofertas” a los demás sistemas bajo la forma de normas, es menester que se conozca cada sistema para mejorar las posibilidades de aceptación de tales ofertas.

Sin embargo, no debe olvidarse que así como la clausura inhibe los criterios internos de intervención, también inhibe los de transformación, por lo que de manera alguna se asegura el éxito de los procesos regulatorios que asuma el Derecho, sólo se asegura que haya una consecuencia jurídica asociada a una regla factual, puesto que son los mismos ámbitos afectados los que finalmente deciden si aceptan o no la propuesta y consiguen con ello su transformación.

2.2.2. Política de opciones.

En la misma línea de la orientación contextual se alza la Política de opciones de TEUBNER. Su propuesta gira en torno a la idea de que la reflexión en el Derecho significa análisis empírico y evaluación normativa.

La manera en que se evita la clausura operativa irrestricta es a través del concepto de interferencia, el que supone que la diferenciación parte de un mismo trasfondo social. Luego, es innegable que los sistemas sociales se interfieren unos y otros, toda vez que se basan en la comunicación como operación básica, y que ella es capaz de recorrerlos todos. De manera que gracias a este elemento que circula por todo el hiperciclo social, se daría un contacto *real* entre los distintos sistemas.

Ahora, como sabemos la comunicación se diferencia en cada sistema social, luego al pasar de uno a otro pierde potencia, pierde motivación. Las normas (principales vías de las comunicaciones jurídicas) adquieren su máxima motivación dentro del sistema de Derecho, especialmente dentro de un proceso (procedimiento), pero al salir del sistema específico y entrar en otros, la motivación decrece, incluso, se gradúa.

“Estrategias basadas en sanciones, persuasión, contratos y derechos, son mecanismos para suplir esta falta de motivación en el entorno. Sin embargo, para Teubner ninguno de ellos es suficientemente reflexivo: las sanciones se basan en una lógica de orden y control inapropiada para sistemas autopoieticos, la persuasión y presión moral deja mucha contingencia abierta y los contratos y derechos obligan para todas las situaciones y no dejan espacios de contingencia. Con la combinación de observación e interferencia, Teubner busca incrementar la capacidad regulatoria del derecho especialmente en el área de los contratos y derechos desarrollando lo que denomina una política de opciones”.¹⁴² “Esto significaría, en efecto, disminuir el poder del derecho en ciertos dominios y hacer abandono de sus pretensiones de una regulación comprensiva. En vez de ello, sólo produciría una regulación opcional que los interesados podrían usar o no, como ellos lo encuentren más adecuado. ¿Cuáles son las consecuencias de esta política legal flexible que puede ser adaptada a una variedad de situaciones? El derecho sólo es usado cuando encuentra necesidades sociales, de otra manera no. Sin embargo, dejar de tomar las reglas jurídicas en serio como expectativas conductuales autoritarias tiene consecuencias para nuestra concepción del derecho. La validez de las reglas jurídicas está a discreción de aquéllos que están sujetos al derecho”.¹⁴³

2.3. Funciones del Derecho del Trabajo.

El Derecho se vincula a todos los subsistemas que forman su entorno de manera simultánea, pero no garantiza que exista sincronización con ellos, y hasta puede aumentar la descoordinación. Lo que se quiere decir es que el Derecho toma en cuenta todas las expectativas que existan pero difiere en la celeridad con que reacciona, de modo que no es posible una coordinación invariante en el tiempo, sino la sola garantía de la capacidad para reconocer necesidades multifacéticas.

¹⁴² Íd. p9.

¹⁴³ TEUBNER, G. Cit. Ib.

La reducción de complejidad hecha por el Derecho no puede evitar los conflictos, de hecho la juridificación de expectativas crea “mayores probabilidades de conflictos”. Que no es lo mismo que “mayores conflictos”, pues lo que hace el Derecho es evitar la aparición de conflictos en forma violenta poniendo a disposición de la comunidad formas adecuadas de comunicación para los conflictos relevantes. Con el Derecho se continúa la comunicación por otros medios.

Por esto es que en cuanto a la función del Derecho del Trabajo, “esto es el ordenamiento jurídico laboral contemplado desde el punto de vista de la función que tiene asignada como parte del orden jurídico en la estructura del todo jurídico”,¹⁴⁴ en la literatura se reconocen varias funciones asignadas al Derecho del Trabajo, las que pueden sistematizarse en tres: una función tuitiva o de protección, una función política y por último, una función económica.¹⁴⁵

2.3.1. Función Tuitiva.

Tradicionalmente se ha atribuido al Derecho del Trabajo una función de protección a favor de la parte más débil en la relación laboral,¹⁴⁶ rol que dice relación con procurar el

¹⁴⁴ MONEREO, J. Op. cit. p16.

¹⁴⁵ En una perspectiva distinta, desde un análisis de naturaleza empírica y concreta, MONTOYA concluye que en su esencia el Derecho del Trabajo es un factor de cambio social, “instrumento de progreso incesante en la elevación de las condiciones de vida y trabajo de la humanidad” correspondiéndole en definitiva “un puesto eminente en la lucha por la liberación del hombre frente a la necesidad, de un lado mejorando incesantemente las condiciones de trabajo; de otro, procurando al trabajador, en consonancia con las perspectivas de una economía y una tecnología en continuo avance, períodos de ocio cada vez mayores...”. MONTOYA, A. *Derecho y...* Op. cit. p43-44. El mismo autor descarta la afirmación tradicional que señala como función del Derecho del Trabajo, la realización de la justicia (llamada también justicia social) en el plano de las relaciones laborales, “la respuesta es tan sencilla como vacua de contenido: en realidad no hace sino encubrir el verdadero problema, que sería obviamente, el de determinar las concretas exigencias en que la justicia se resuelve. ¿cuándo un salario es justo? ¿Qué nivel deben alcanzar las prestaciones de Seguridad Social para merecer el calificativo de justas? ¿Qué indemnizaciones habría que pagar al trabajador despedido para que fuesen justas?”. Íd. p39.

¹⁴⁶ Acerca de la jerarquía de esta función existe discrepancia en la doctrina, señalándose por algunos que se trataría de una función instrumental o inmediata, subordinada a la función política. Así por ejemplo UGARTE: “Parece extraño, por no decir derechamente equivocado, la tradición histórica de nuestra literatura laboral de conceptualizar el Derecho del Trabajo, poniendo el acento del mismo en una función instrumental y subordinada de ética y justicia social, sin siquiera mencionar la función central y permanente de esta rama del orden jurídico destinada a canalizar el conflicto propio de un sistema de producción capitalista a objeto de asegurar su supervivencia política”. UGARTE C., José Luis. *El Nuevo*

mejoramiento de las condiciones de existencia del trabajador, a través de la intervención estatal y el otorgamiento de la autonomía colectiva, incidiendo en las condiciones de intercambio en el mercado y la utilización de la fuerza laboral.¹⁴⁷

Esta función es de reequilibrio, esto se explica en que “aunque tuitiva, no tiene un sentido ofensivo o agresivo en el sentido peyorativo del término, sino todo lo contrario, pues simplemente es una función compensadora que busca contrabalancear una situación desequilibrada o desigual que como tal ofende, haciendo así que el conflicto social desaparezca dando lugar a la paz social”.¹⁴⁸

Es así que, la función tutelar se encuentra íntimamente relacionada con el fenómeno del poder social (objeto de regulación del Derecho en general), él que al estar desigualmente distribuido en el sistema social, requiere con mayor urgencia ser regulado en el plano de las relaciones laborales y en este sentido KAHN-FREUND sostiene que “la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (...) que se origina como un acto de sumisión, que en su dinámica produce una situación de subordinación, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por “contrato de trabajo””.¹⁴⁹

Derecho del Trabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2007. p11. En el mismo sentido en la doctrina extranjera MONEREO afirma que “lejos de la idea mitificada de protección del trabajador (de la clase obrera), cabe afirmar que el fin permanente y genérico de la normativa laboral es la defensa de la seguridad de cada régimen social establecido y la posibilidad de su evolución pacífica”. MONEREO, J. Op. cit. p20.

¹⁴⁷ MONEREO, J. Op cit. p18.

¹⁴⁸ PÉREZ A., F. Op. cit. p49.

¹⁴⁹ Agrega KAHN-FREUND que “el propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo. La mayor parte de la que llamamos legislación protectora (*protective legislation*), es decir, legislación sobre empleo de mujeres, niños y jóvenes; sobre seguridad en las minas, fábricas y oficinas; sobre pago del salario en metálico, sobre salarios garantizados, sobre discriminación por causa de raza o sexo, sobre despido improcedente y, en general, la mayor parte de la legislación laboral en su conjunto, debe contemplarse en este contexto”. KAHN FREUND, Otto. Trabajo y Derecho. Trad. y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno. Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987. p52.

Los mecanismos a través de los cuales la función tutelar se manifiesta en el Derecho del Trabajo, son abordados por MONTROYA con la noción de “relaciones laborales complementarias”.¹⁵⁰ Dentro de las estructuras normadas por el ordenamiento laboral, se encuentran por una parte, el contrato de trabajo (relaciones contractuales) figura central del Derecho laboral, y por otra, las relaciones laborales complementarias que propenden a necesidades que el contrato de trabajo no puede satisfacer por sí mismo.

Dichas relaciones complementarias, a su vez pueden ser descompuestas en relaciones de participación (vinculaciones jurídicas a través de las cuales se accede al derecho de intervenir en la organización de la empresa), relaciones de conflicto (las que juridifican situaciones de controversia o disidencia social, conformadas por instituciones de carácter procesal y extraprocesal, tales como arbitraje, conciliación, mediación, y huelga) y relaciones de tutela.¹⁵¹ En estas relaciones complementarias o conexas es posible reconocer el principio tutelar que inspira el Derecho del Trabajo: así “las relaciones de participación, que introducen una clara quiebra en el esquema contractual; las relaciones de tutela, que establecen un gigantesco aparato de protección del trabajador y su familia; las relaciones de conflicto, en fin, que socializan los medios de solución de las controversias laborales; he aquí los mecanismos jurídicos arbitrados para elevar la condición personal y laboral del trabajador”.¹⁵²

Con relación a esta naturaleza tutelar, y como manifestación de ella, existen principios propios de la disciplina laboral acogidos en la jurisprudencia judicial y administrativa, tales

¹⁵⁰ MONTROYA, A. *Derecho y...* Op. cit. p33ss.

¹⁵¹ Éstas tienen por partes al trabajador y al Estado y “son, con mucho, las más numerosas relaciones complementarias del Derecho del Trabajo, componiendo un vastísimo sector de éste. Al lado de la tutela genérica que el Estado ejerce sobre los trabajadores a través de un órgano –la Inspección del Trabajo- (...) existen específicas relaciones tutelares entre el Estado y los trabajadores. Así ocurre con las relaciones de tutela instituidas para la protección del empleo y materializadas tanto en el establecimiento de unos servicios de colocación y de programación de las necesidades del mercado del trabajo, como, en su caso, en la fijación de unas reglas sobre inmigración o emigración de trabajadores. Así ocurre también con las relaciones establecidas para la protección de la capacidad laboral y económica del trabajador, que componen el inmenso y cada vez más importante panorama de las instituciones de Seguridad Social. Y así ocurre, finalmente, con las relaciones de tutela instituidas con el fin de proveer a la formación y promoción social de los trabajadores”. Íd. p34-35.

¹⁵² Íd. p42.

como el principio de protección (*in dubio pro operario*), el de irrenunciabilidad de derechos, el principio de continuidad o estabilidad en el empleo, y el de la primacía de la realidad, a cuyo respecto la función tuitiva “otorga el debido fundamento o razón de ser a los denominados principios del Derecho del Trabajo, y por ello una posible desvirtuación de la función tuitiva, acarrearía sin más la quiebra de alguno de dichos principios...”¹⁵³

La existencia de tales principios y su correcta aplicación en relación al Derecho sustantivo laboral, posibilitan o contribuyen a la realización de la protección legal en favor del más débil, lo que se explica en que “si el Derecho del Trabajo tiene por función la de proteger a los trabajadores, las distintas normas que lo componen -y que son muchas- deben estar todas imbuidas e inspiradas o cohesionadas por medio de unos principios que hagan que con la aplicación de las mismas se alcance la debida protección a los trabajadores”.¹⁵⁴

Sin embargo, en el contexto actual del Derecho del Trabajo y de la cada vez más demandada flexibilización laboral, en orden a disminuir o incluso eliminar las rigideces apreciadas en el Derecho del Trabajo y principalmente en su función de protección,¹⁵⁵ se ha debatido la plena vigencia de los mencionados principios emanados de ésta, a lo que alude el profesor HUMERES cuando afirma que “hoy en día muchos de esos principios (pro operario, irrenunciabilidad de derechos, continuidad de la relación) han sido cuestionados y relativizados, porque se han observado como una traba para el desarrollo económico, ya que no marchan a la par con la flexibilidad de la contratación y su consiguiente desregulación. Se ha estimado por

¹⁵³ PÉREZ A., F. Op. cit. p51.

¹⁵⁴ *Ib.*

¹⁵⁵ Al respecto surge la pregunta sobre si “se trata de una nueva cara del derecho del trabajo. ¿menos protectora? ¿más realista? Ciertamente la respuesta depende de las posiciones que cada cual asume en términos de la economía y del derecho, que están en una permanente relación” siendo lo determinante “la forma que el derecho del trabajo responde a su esencia tutelar (...). El cambio operado en algunos casos, es que el control del patrimonio contractual laboral reside en los propios trabajadores organizados; en otros, la mayor dependencia del trabajador en razón de su debilidad en la negociación individual, como en el caso chileno...”. En nuestro Derecho del Trabajo “ha influido notablemente la corriente economicista, que si bien ha mantenido su cierto carácter protector, responde a una orientación claramente neoliberal”. TAPIA, Francisco. La Flexibilidad en el derecho chileno del trabajo. En: ROMAGNOLI, H., ERMIDA O. y TAPIA, F. Experiencias de flexibilidad normativa. Santiago, Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992. p104-105.

quienes sostienen esta posición que ellos sólo entorpecen el avance del progreso (...) Estos principios son hoy día importantes y lo seguirán siendo, porque el trabajador estaría bastante inerte si ellos se abandonaran”.¹⁵⁶

Particularmente sobre la forma de operación de estos principios, MONEREO destaca que el principio de protección encuentra su límite intrínseco, desde una perspectiva política y económica, en el reconocimiento de las exigencias de rendimiento y productividad en la empresa, por lo que la aplicación de este principio “no puede anular la capacidad de funcionamiento y por consiguiente la supervivencia del propio modo de producción capitalista”, de esta manera se afirma que el principio de libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado, “tutela el interés del empleador al condicionar económicamente el alcance del principio de protección”.¹⁵⁷

Mientras que, con relación al principio de estabilidad en el empleo, se concluye por algunos autores que de todos los principios que informan el ordenamiento positivo laboral es quizás el que mayor operatividad ha perdido “tanto es así que lo que hace un tiempo se podía presentar como simples fisuras del principio, actualmente se ha convertido en una controversia tal, que incluso pone en duda la supervivencia del mismo”¹⁵⁸. Merma asociada al auge de la flexibilidad laboral, ya que por una parte se potencian de entre las nuevas formas de contratación, aquéllas de duración determinada y por otra, se justifica la movilidad tanto funcional como geográfica de los trabajadores.

Finalmente en relación a la función protectora misma, existe discusión sobre su desnaturalización, a causa de la flexibilización exigida en el Derecho del Trabajo por la

¹⁵⁶ HUMERES N., Héctor. Reflexiones en relación a algunos aspectos del derecho laboral vinculados al desarrollo futuro de la empresa. En: ESTUDIOS en homenaje al profesor William Thayer A. por Manuel Alonso Olea “et al”. Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998. p105.

¹⁵⁷ Para este autor se trata de una proyección de la naturaleza esencialmente contradictoria del Derecho del Trabajo como técnica específica de organización y conservación del régimen social establecido, vale decir de la función política que se explicará más adelante. MONEREO, J. Op. cit. p29-30.

¹⁵⁸ PÉREZ A., F. Op cit. p51.

aplicación de las ideas neoliberales en este ámbito. La concepción neoliberal puede ser caracterizada “por su radical individualismo y por un grado tal de fidelidad al dogma del mercado como único instrumento apropiado para la eficaz distribución de bienes y servicios (...); la aplicación de tales ideas en el plano laboral conduce a una formal desregulación de las relaciones individuales, hasta el punto del retorno a la negociación individual de las condiciones de trabajo”.¹⁵⁹

La flexibilización y la consecuente desregulación en el ámbito laboral, se orienta hacia la maximización de la productividad de los recursos humanos, flexibilizando la gestión económico-laboral y rebajando seguidamente los costos productivos, siendo el trabajo un factor y costo de producción de la organización empresarial. Dicho fenómeno es observado en el sistema de relaciones laborales como un paso hacia la revitalización de la autonomía negocial de los agentes sociales, es decir “el repliegue de la norma vendría a ser una respuesta hacia la apertura de mayores espacios de negociación individual y colectiva, con lo que la pérdida de dichos mínimos de protección no sería otra cosa que el “precio” que pagar en aras de un sistema dúctil y moderno de relaciones laborales (...). La adaptación de la fuerza de trabajo a las exigencias del sistema productivo se concibe como un “mal menor” con respecto al desempleo o el cierre de la propia empresa, legitimando, por así decirlo, la revisión del patrimonio normativo, en clave flexibilizadora o desreguladora”.¹⁶⁰

A este respecto pueden señalarse como elementos que actuarían a modo de cortapisa frente a una influencia absoluta de la flexibilización, por un lado a los obstáculos de naturaleza

¹⁵⁹ “A su vez, en el ámbito de las relaciones colectivas, auspicia una reregulación (sic), con vistas a obstaculizar la concertación y la negociación colectiva y, desde luego, a dificultar o impedir las huelgas”. BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo* (54): 493-504, jul-ago. 1992. p496. En este sentido también DURÁN, destaca “los planteamientos desreguladores, que tratan de restablecer el juego de las reglas del mercado en la contratación del trabajo, desvirtuando gran parte de la normativa protectora...”. DURÁN, F. Op. cit. p609.

¹⁶⁰ ALEMÁN P., Francisco. Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector del derecho del trabajo? *Revista de Derecho Social* (17): 47-72. ene-mar. 2002. p68-69. Sobre la implicancia de este nuevo escenario hay al menos dos formas posibles de interpretación: como una fase de evolución del Derecho del Trabajo, a la que seguiría una tónica protectora en períodos crecientes del ciclo económico; o bien, desde posiciones más escépticas, como la desaparición progresiva del carácter tuitivo.

jurídica como son la Constitución Política y los instrumentos internacionales, ya que “en ellos la protección del trabajo está expresamente consagrada en términos generales y apuntalada por dispositivos específicos que imponen la consideración, con ese espíritu, de variados aspectos de las relaciones laborales, y desde luego, la libertad sindical en toda su extensión”,¹⁶¹ y por otro, la atenuación de las modificaciones verificadas en la normativa laboral, tanto por la vía de restricciones en los propios cuerpos legales como por la interpretación judicial de los mismos.

2.3.2. Función Política.

La función política del Derecho laboral tiene por objeto la conservación del sistema social establecido, particularmente de la estructura económica respectiva, mediante el equilibrio de las fuerzas en oposición: esto es, persigue integrar el conflicto social,¹⁶² otorgando un papel específico a cada uno de los protagonistas o agentes sociales, a fin de propender a la defensa de la seguridad de cada régimen social establecido y la posibilidad de su evolución pacífica.

En definitiva el Derecho del Trabajo busca cristalizar la paz social en el contexto específico del conflicto social, por lo que también se habla de una función de pacificación.¹⁶³ Así, en virtud de este rol “se trata de que mediante la intervención del estado y del fomento de la

¹⁶¹ BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Op. cit. p501.

¹⁶² MONEREO destaca que “el Derecho del Trabajo aparece en su condición técnica de organización social y control social, como un medio para encauzar el conflicto industrial, de tal modo que la institucionalización del conflicto hace posible su integración en el sistema social establecido”. MONEREO, J. Op. cit. p19.

¹⁶³ Esta función también es abordada desde posiciones más críticas en orden a “su innegable funcionalidad a la ideología liberal capitalista.” Así se señala que para los exponentes de la escuela crítica del derecho, “el Derecho del Trabajo no sólo cumple una función objetiva de contención social en defensa del sistema capitalista, por la vía de redistribuir de mejor modo la riqueza generada en la cooperación entre trabajadores y empleadores, sino que opera como un importante sistema de significado que, a nivel colectivo, permite generar la idea en la clase trabajadora que las cosas son naturalmente de este modo y no pueden ser de otro” constituyendo una “función hegemónica en el reforzamiento y la legitimación de la jerarquía en el puesto de trabajo”. UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p13.

autonomía colectiva se asegura un equilibrio entre los intereses contrapuestos estableciendo un cauce de diálogo entre las distintas fuerzas sociales”.¹⁶⁴

Para MONEREO esta función se concreta en la introducción de la clase trabajadora en la institucionalidad del sistema establecido, compensando su omisión tras las revoluciones liberales burguesas triunfantes, asumiendo el Derecho del Trabajo una función esencialmente política (de estricta y deliberada política del Derecho) de legalizar a la clase obrera integrándola jurídicamente en el orden de convivencia imperante en la comunidad política, ajustando el orden jurídico de naturaleza individualista del capitalismo, a las demandas de integración de la clase trabajadora y de racionalización de las condiciones de existencia y de utilización de la fuerza laboral en el mundo de las relaciones de producción de base capitalista.¹⁶⁵

Con relación a la función en cuestión, se ha señalado la naturaleza esencialmente contradictoria del Derecho del Trabajo, ya presente en su nacimiento “resultado contradictorio de la presión de la clase trabajadora con la intención de superar una situación derivada de las relaciones de producción existentes y del esfuerzo de la burguesía por hacer posible la pervivencia de las estructuras capitalistas”, y en orden a esta característica se afirma que el Derecho del Trabajo “tal y como existe hoy en los países de capitalismo maduro, es esencialmente Derecho del Capitalismo, sector específico del orden jurídico de una sociedad altamente compleja y “pluriconflictual” donde domina el modo de producción capitalista, pero adecuado a esta dominación”.¹⁶⁶

En este sentido, la función que cumple el Derecho del Trabajo, si bien posibilita la continuidad del sistema económico capitalista, como contrapartida “recibe espacios para la protección del trabajador, pero ya no desde la perspectiva del propio sistema de un factor

¹⁶⁴ MONEREO, J. Op. cit. p21.

¹⁶⁵ En este sentido PALOMEQUE LÓPEZ explica que el Derecho del Trabajo aparece “como una solución defensiva del estado liberal para, mediante la promulgación de normas protectoras de los trabajadores, atender a la integración e institucionalización del conflicto entre trabajo asalariado y el capital en términos compatibles con la estabilidad del sistema económico establecido”. Cit. UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p8.

¹⁶⁶ MONEREO, J. Op. cit. p23-24.

productivo que deba ser simplemente reproducido, sino desde una perspectiva propia y peculiar (...) la de un sujeto moral digno de respeto y consideración”.¹⁶⁷

Uno de los aspectos en los cuales se proyecta esta ascensión consiste en que no debe “limitarse a ensanchar el sistema jurídico-político en beneficio de los trabajadores en cuanto tales (...), sino también en beneficio de los trabajadores en tanto que ciudadanos ya que, “no sólo se trata de ensalzar al trabajador y sus derechos, sino también de potenciar al ciudadano y su libertad y autonomía. En la relación jurídica de trabajo queda implicada la misma persona del trabajador, lo que hace apremiante la tutela del propio trabajador, a fin de restablecer progresivamente su libertad y dignidad personal”.^{168 169}

2.3.3. Función Económica.¹⁷⁰

En virtud del contrato de trabajo “una persona (trabajador) procede voluntariamente a la atribución de la utilidad patrimonial de su trabajo personal (*intuito personae*) a otra persona (empresario) percibiendo por ello una remuneración”,¹⁷¹ y al ser esta cesión anterior al despliegue de la actividad laborativa, (cediéndose la utilidad de un trabajo futuro) la utilidad patrimonial no pertenece en ningún momento al trabajador.

¹⁶⁷ UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p15.

¹⁶⁸ MONEREO, J. Op. cit. p29.

¹⁶⁹ Particularmente en el plano colectivo, MONEREO afirma que el Derecho del Trabajo “ha materializado históricamente una organización institucional de las relaciones colectivas y ha significado en este orden un medio básico para la defensa de las conquistas obreras”, pero complementado con la participación ciudadana a tal punto “que el mantenimiento y la ampliación de los derechos sociales de la ciudadanía depende de la ciudadanía activa y de la capacidad de lucha de las organización de los trabajadores”. Íd. p25.

¹⁷⁰ Esta función se encuentra vinculada a la función política, y cabría entenderla como una forma concreta de encauzar el conflicto social. Así UGARTE a propósito de aquella afirma que “para lograr la integración del conflicto propio de un sistema de producción capitalista, el Derecho del Trabajo deberá intervenir el mercado del trabajo...”. UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p16.

¹⁷¹ MONTOYA, A. *Derecho y...* Op. cit. p23.

Lo anterior unido a la desigual capacidad negociadora de las partes, hace necesario, y justifica, la función económica del Derecho del Trabajo en orden a “la redistribución de la riqueza entre los actores de la relación laboral, más precisamente desde el empresario al trabajador”,¹⁷² a objeto de lograr un resultado socialmente aceptable.

Esta función se lleva a cabo mediante la limitación de la autonomía de las partes, de su capacidad de negociación, con la imposición de una normativa irrenunciable denominada orden público laboral.

De esta manera se pretende “disminuir las ganancias económicas del empresario y favorecer las del trabajador, generando una redistribución de la riqueza del primero hacia el segundo (función económica), que el libre juego del mercado no habría producido, logrando de ese modo, a fin de cuentas que el débil económicamente hablando, adhiera al mantenimiento, precisamente, de las reglas de mercado alteradas”.¹⁷³ Las utilidades patrimoniales cedidas (más allá de la remuneración pactada, que es tan sólo una sección de aquéllas) son reasignadas reduciendo el resultado económico del empleador.

UGARTE¹⁷⁴ advierte que la forma en que se lleve a la práctica la función económica variará según las circunstancias concretas de un país, y se plasmará en un modelo de legislación laboral que, en términos generales puede decirse que, hasta el siglo XX, correspondía a un modelo clásico de Derecho del Trabajo, caracterizado por ser unidireccional, en beneficio del trabajador, inspirado en consecuencia por el principio pro-operario tanto en la actividad legislativa como en la jurisdiccional de interpretación y aplicación de la normativa laboral.

Sin embargo, a partir de la década de los setenta con el embate crítico del pensamiento económico dominante (y la aparición del denominado Derecho Flexible del Trabajo), se exigió del Derecho del Trabajo conciliar por una parte, el mantenimiento de niveles de protección

¹⁷² UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p16. El subrayado es nuestro.

¹⁷³ Ib.

¹⁷⁴ UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p 17-18.

mínimos (principio pro operario), y por otra, la disminución de la llamadas rigideces legales a objeto de mejorar los niveles de empleo.¹⁷⁵

El Derecho del Trabajo pasó a caracterizarse en su contenido institucional como bidireccional, esto por la necesidad de coordinación de los principios pro operario y el denominado pro empleo. No obstante en este principio también hay una labor distributiva; esta vez de los recursos económicos de los trabajadores empleados en la dirección de los sin empleo, rebajando los niveles de protección consagrados en el orden jurídico, de los primeros en favor de los segundos.

No obstante, se ha hecho notar que las medidas flexibilizadoras no tienen necesariamente un efecto absoluto a largo plazo en los niveles de empleo de una economía determinada, ya que en definitiva “los indicios conocidos apuntan a que con una disminución de la legislación laboral se logra, efectivamente, una flexibilización en el trabajo, pero no un incremento absoluto en la creación de puestos de trabajo; en vez de impulsar el empleo global lo que se observa es un traspaso de la ocupación a plazas temporales o de duración fija(...). Estas modalidades de trabajo sin estabilidad permiten la contratación empresarial en períodos de auge, pero a la vez facilitan y abaratan el despido en períodos de contratación. De allí que en una perspectiva de transcurso del tiempo no se verifiquen mejoras sustanciales en el promedio de nivel de empleo”.¹⁷⁶

Con prescindencia del contenido institucional adoptado en cada legislación, un modelo flexible de Derecho del Trabajo concretaría la función económica, con base “en ciertos rasgos comunes: a) la promoción de figuras contractuales para sectores con problemas de empleabilidad

¹⁷⁵ “La idea fuerza ha sido que la legislación laboral debe facilitar la ocupación empresarial de mano de obra en un escenario en que parece difícil remontar índices permanentes de desempleo. Pero poco a poco se ha dicho sobre la instrumentalización que supone para el Derecho crear normas con miras a un objetivo inmediato, bajo una “retórica del presente” que posterga indefinidamente una visión de largo plazo y que, por añadidura, persigue un fin tan inestable e inseguro como es una pretendido impacto positivo sobre los índices de empleo, lo cual como tuvimos ocasión de afirmar, depende de un sinnúmero de factores y más aún en la actualidad, en que grandes transformaciones estructurales están en curso a nivel global”. LÓPEZ, Diego. Derechos, trabajo y empleo. Santiago, Chile, LOM, 2004. p117.

¹⁷⁶ LÓPEZ, Diego. ¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral. [en línea]. Nueva Sociedad. <http://www.nuso.org/upload/articulos/3160_1.pdf> [consulta: 20 noviembre 2008]. p71.

con subsidios estatales (contratos de formación, aprendizaje, etc.); b) aumento de la potestad de mando vía eliminación de restricciones legales (polifuncionalidad, movilidad geográfica, etc.); c) recepción de figuras contractuales trilaterales (subcontratación y suministro de personal); d) eliminación o atenuación de las restricciones al despido, etc.”.¹⁷⁷

2.4. Las funciones del Derecho del Trabajo en clave sistémica: coordinación social no instructiva.

Para finalizar el marco teórico conceptual que cierra la primera parte de esta investigación, realizaremos unas breves reflexiones sobre el Derecho del Trabajo, las que intentan ser un aporte al debate relativo a su función, desde una perspectiva sistémica.

2.4.1. La función tuitiva como umbral de diferenciación.

La principal función de la rama del derecho conocida como Derecho del Trabajo es la tuitiva. Desde un principio se ha entendido el Derecho del Trabajo como un derecho de raigambre social. El sistema jurídico laboral se constituyó históricamente bajo el principio rector de proteger a los trabajadores. Aquel principio era el centro normativo del sistema y, como tal, era el que le orientaba, dándole coherencia organizacional. Dicho principio rector fue complementado con el surgimiento de otros, a saber: irrenunciabilidad de derechos, continuidad de la relación laboral, primacía de la realidad, razonabilidad y buena fe. Estos principios reducidos de la complejidad jurídico-laboral, como generalización de expectativas de conductas laborales, están íntimamente ligados al de protección, pues se orientan, en definitiva, a reforzar a aquél. De ahí que, en definitiva, el dominante sea, el principio de protección del trabajador.

El nivel de emergencia del sistema quedó configurado teleológicamente, entonces, como protector del trabajador mediante el predominio de lo heteronómico sobre lo autonómico

¹⁷⁷ UGARTE, J. *El Nuevo...* Op. cit. p19.

individual y de lo autonómico colectivo por sobre lo autonómico individual, sin perjuicio de la posibilidad de que la autonomía colectiva negocie in peius, ya que ésta también puede salvaguardar el fin protectivo.¹⁷⁸

2.4.1.1. Funciones como órdenes emergentes de interacción.

Ahora bien, la teoría hasta ahora seguida da cuenta de una descoordinación de los diferentes sistemas presentes en el mundo. Descoordinación en el sentido de que en los espacios de interacción que pudiéramos identificar entre ellos, las comunicaciones que se producen son de todo tipo jurídicas, morales, políticas, económicas... Esta heterogeneidad en las comunicaciones no significa otra cosa que visiones distintas de intereses, que por ese mismo carácter dispar entran en conflicto.

Es constatable que cada sistema social se ocupa de un problema específico y que de esa manera logra diferenciarse, en último término, existir. Que la forma en que lo hace es clausurada (es decir, procesa sus temas en base a sus propias distinciones) y cognitiva (esto es, observa el entorno sólo de acuerdo a sus propios criterios internos de relevancia). Ahora, hemos hecho referencia a la polifuncionalidad que se le atribuye al Derecho del Trabajo; hemos dicho que en términos generales se reconocen las funciones tuitiva, política y económica del Derecho del Trabajo. Muy brevemente se hace necesario precisar algunos puntos que concilien las anotaciones precedentes.

En primer lugar debe enfatizarse que Derecho, Trabajo, Economía y Política son sistemas sociales que interactúan en el hiperciclo de la sociedad, pero que son independientes según las claves desarrolladas a lo largo del presente trabajo. Sin embargo, ninguna teoría se puede permitir desconocer la interacción existente entre sistemas, aunque no se clarifique la manera en que esa interacción se lleva a cabo (para ello deberían desarrollarse fórmulas similares a las climatológicas que intentan predecir el estado del tiempo y que por supuesto

¹⁷⁸ Véase LÓPEZ, Marcos. Flexibilidad laboral chilena y principio de protección de la fuente del empleo. Algunas hipótesis [en línea]. <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-59903_recurso_8_aporte_al_debate_8.pdf> [consulta: 24 diciembre 2008].

carecen de exactitud). Lo único que se puede saber con certeza es que claramente la interacción social no es motivacional (psicológica) y que la interacción no es superflua.

Nuestro planteamiento ha dicho que los sistemas se encuentran en una relación ortogonal sin que se deriven unos de otros y que las operaciones de cada uno son específicas e independientes y, finalmente, que los cambios en cada sistema se producen por mecanismos primarios de evolución que no descartan la interacción. Por tanto, aquellas funciones atribuidas al Derecho del Trabajo son sólo rendimientos y prestaciones jurídicas obtenidas por otros sistemas desde el Derecho, pues en relación a la función de protección: ¿No es que todo el ordenamiento protege a los sujetos débiles para lograr la igualdad y, en fin, la justicia? ¿La mantención de la paz social no es acaso, un objetivo universal? ¿La circulación de la riqueza no es una cuestión económica?

Los órdenes sociales son autónomos pero se coordinan entre ellos a través de mecanismos de acoplamiento estructural. A estos acoplamientos se hace referencia cuando hablamos de las funciones del Derecho del Trabajo. De ninguna manera puede entenderse que un sistema sea reductible a otro, pues los niveles de formación sistémica no se contienen unos a otros. A través del Derecho, no se dará origen a un sistema Laboral, Político o Económico, sólo puede asegurarse la emergencia de la pluralidad de comunicaciones que los forman y que también forman el Derecho. En otras palabras, gracias a los mecanismos de acoplamiento estructural los distintos órdenes “contribuyen mutuamente con prestaciones que se constituyen en condiciones de posibilidad de la emergencia de los niveles”.¹⁷⁹ En este sentido las funciones constituyen órdenes emergentes de interacción, que permiten el hacerse presente a las cuestiones sociales, políticas y económicas.

Luego, debido a estas consideraciones señalamos que la planificación o el intento por determinar el desarrollo de un sistema por medio de otro es imposible, sin embargo, reconocemos que el Derecho es de todos los sistemas existentes (bajo presupuestos democráticos) el que se encuentra en una mejor posición para emprender los intentos de coordinación, debido justamente a que su diferenciación está referida a expectativas

¹⁷⁹ MASCAREÑO, Aldo. Acción estructura y emergencia en la teoría sociológica. Revista de sociología [Universidad de Chile] (22): 217-257, 2008. p242.

contrafácticas, es decir, a aquéllas que aunque se defrauden siguen vigentes. Empero, es necesario recalcar que ningún sistema puede cumplir la función propia de otro sistema; así el Derecho no puede cumplir la función de la Economía, ni de la Política, ni del Trabajo, ni de la Familia, ni de la Moral... Cada sistema sólo puede esperar de otro que este último cumpla correctamente su función propia, porque si los sistemas se forman por diferenciación, no puede producirse una desdiferenciación sino contraevolutivamente.

La configuración teleológica del Derecho Laboral es una prestación que el Derecho otorga al sistema de Trabajo. Esto se debe a que la fuerza del sistema económico es tal, que al operar de manera cerrada toma al Trabajo sólo como un factor más dentro del proceso productivo y lo interioriza de acuerdo a su propio lenguaje, a su propia lógica. Por su parte el Trabajo intenta escapar de la intromisión de la economía por sus propios medios, aunque esto signifique atentar contra su propia función (v. gr. paralización de faenas laborales como medio de presión). Lo mismo puede sostenerse respecto a la influencia del sistema Político sobre el Trabajo. Luego, si los sistemas se vuelven disfuncionales el resultado será que los problemas que resuelven no serán resueltos. Por eso si al Derecho le corresponde la generalización de expectativas de todo ámbito que puede prestar utilidad ante las crisis de los demás, lo que no significa en modo alguno que exista determinismo por parte del Derecho, pensar lo contrario constituye sólo una “idealización” del sistema jurídico que no se sostiene ni aún descriptivamente debido a su ineficacia. Por lo demás, la existencia de descoordinación en un mundo complejo es presupuesto de la diferenciación sistémica: jamás existirá una solución óptima ni del Derecho ni de ningún otro sistema al problema específico del que se hagan cargo, siempre las soluciones serán subóptimas y asincrónicas, es decir, nunca se producirá una adaptación al entorno sino un “estar adaptado”, de lo contrario la evolución terminaría por haber llegado al estado óptimo.

Un claro ejemplo lo constituyen los vaivenes regulatorios que ha tenido legislación relativa a los llamados regímenes de estabilidad en el empleo, los cuales transitan desde el libre despido hasta la estabilidad absoluta.¹⁸⁰ En efecto, en nuestro país el año 1966 se dicta la ley N°

¹⁸⁰ Véase HALPERN MONTECINO, Cecily. Suspensión y terminación de la relación de trabajo. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1999.

16.455 sobre normas para la terminación del contrato de trabajo. Este cuerpo legal, recogiendo las recomendaciones de la OIT, establece un sistema de estabilidad relativa de carácter general para todos los trabajadores privados. Se desplaza el libre despido como principio y aparece la estabilidad, pues sólo se puede despedir a un trabajador invocando una causal previamente establecida por el legislador. Si no se invocaba causal o no se lograba probar en juicio el empleador debía reincorporar al trabajador, bajo la pena de pagar una indemnización determinada por la justicia.¹⁸¹ Sin embargo, esta ley fue mal interpretada en el sentido de darle un alcance protector del empleo mucho mayor del que tenía, lo que redundó en una rigidización y encarecimiento de la mano de obra. Esto llevó a su derogación por el D. L. N° 2.200 de 1978, que viene a restaurar el libre despido,¹⁸² pero con indemnización adicional independiente de la no reincorporación del trabajador.¹⁸³ En 1990 se publica la ley N° 19.010 que derechamente pretende establecer un sistema de estabilidad. En el mensaje del ejecutivo, se señala que el proyecto otorga la debida protección y estabilidad a los trabajadores, pero preserva la flexibilidad que necesitan las empresas para su desarrollo.¹⁸⁴ Finalmente tenemos la ley N° 19.759 del 2001, más conocida como “La Reforma Laboral”, que corresponde a la última etapa en la evolución del despido en nuestro país y que configura el sistema actualmente vigente. El profesor POBLETE ha caracterizado este sistema como de “estabilidad relativa *sui generis*”, por cuanto en él coexisten rasgos de estabilidad con situaciones especiales que impiden clasificarlo en alguno de los grandes sistemas.¹⁸⁵

¹⁸¹ Tenemos, entonces, que la indemnización no procede por el sólo hecho del despido, sino que está doblemente condicionada: primero, a que no se invoque causal o no se pueda probar en juicio; y segundo, a la negativa del empleador a reincorporación.

¹⁸² Decimos “restaurar” porque éste era el régimen vigente para todo el período anterior a la ley N° 16.455.

¹⁸³ En efecto, hay libre despido porque se establece como causal el desahucio (art. 13 f), y hay indemnización adicional porque se debe pagar una indemnización por años de servicios.

¹⁸⁴ Las disposiciones de esta ley se incorporan sin modificación al nuevo texto del Código del Trabajo publicado en 1994, y pasan a formar parte del Título V del Libro I, llamado “De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo”.

¹⁸⁵ POBLETE JIMÉNEZ, Carlos. Apuntes-guías de la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002. p108ss.

Con este recuento legislativo queremos graficar cómo la adecuación normativa del despido ha terminado por aceptar la imposibilidad de asegurar una determinada situación fáctica ideal como sería la de permanencia en el empleo, por cuanto es posible terminar una relación laboral acudiendo a causales objetivas como las de “necesidades de la empresa” y, más aún, nada impide que se termine la relación teniendo como sanción sólo el pago de las indemnizaciones y recargos correspondientes; tampoco es posible reincorporar al trabajador para librarse de la indemnización. Por eso, frente a estas consideraciones, podemos afirmar que el Derecho sólo puede ofrecer buenas razones para que el sistema Laboral tome una determinada orientación, pero no existe ninguna forma de vincularlo directamente.

2.4.2. Coordinación social no instructiva.

Bajo las premisas esgrimidas, el Derecho a través de su función (e intentando superar los mecanismos primarios de evolución) sólo puede procurar lo que hemos reconocido como una “coordinación social no instructiva” y que es lo que se intenta a través de estrategias tales como la orientación contextual y la política de opciones antes analizadas. “En sus fundamentos estas estrategias funcionan del siguiente modo: se activan frente a un llamado u opción de ego, los afectados; presuponen el principio de la clausura operativa de todos los involucrados, lo que indica que no hay instrucción directa posible de ego a través de alter; proponen una oferta de orientación o regulación que puede ser aceptada o rechazada por ego; es ego quien decide acerca del sometimiento a la orientación o regulación; la orientación o regulación opera por acoplamiento estructural o mutua interferencia de ciclos comunicativos; en ambos casos la autonomía de ego prevalece ante las pretensiones de alter; si la oferta de orientación o regulación es rechazada no hay criterios últimos para forzar el vínculo”.¹⁸⁶

La teoría sistémica hace patente los problemas de coordinación social en una realidad compleja; se admite la imposibilidad de un consenso universal debido a las distintas lógicas con que se opera en cada área y la falta de ontología unitaria, pero se abre la posibilidad de una

¹⁸⁶ MASCAREÑO, A. *Ética de la contingencia...* Op. cit. p13.

coordinación social pragmática que si bien carece de validez universal debido a la contingencia, sí posee aplicabilidad universal, aunque local y episódica debido a la clausura operativa de cada sistema. Lo que en definitiva se busca es amplificar las probabilidades de efectividad del Derecho, entendiendo que en cada sistema la regulación normativa no constituye más que una de las múltiples variables posibles en el proceso evolutivo, y que los mismos efectos estabilizadores que posee el modelo evolutivo reducen los efectos de cualquier posible planificación.

El Trabajo no puede exigir al Derecho que lo sustituya en su función; ni la Economía ni la Política pueden hacerlo. Lo único que se le puede exigir es que cumpla de forma competente su función de generalización y estabilización de expectativas normativas para que ellos puedan cumplir de manera correcta las propias. “Por ello, cuando una coordinación sistémica no instructiva fracasa, sólo ventajas pragmáticas pueden reponerla en la agenda sistémica. No hay en este modelo idea de bien, concepción de justicia o pensar utópico que mueva al sistema a reconsiderar la oferta de coordinación en un futuro mediato o inmediato, pues aquellos móviles valen para los individuos y no para los sistemas sociales”.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Íd. p14.

SEGUNDA PARTE
EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN¹⁸⁸ EN MATERIA LABORAL.
ÓRGANO, PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA.

CAPÍTULO IV

**EL ÓRGANO: ANÁLISIS FORMAL (ESTRUCTURAL) A LA JUDICATURA DEL
TRABAJO.**

Con el análisis hasta aquí realizado a través de la teoría de sistemas, y en particular en una teoría sistémica de la sociedad, hemos podido arribar a ciertos conceptos determinantes para continuar con el desarrollo de esta tesis. En particular ahora nos corresponde analizar cuál es la forma de diferenciación que adopta el órgano jurisdiccional en cuanto subsistema del Derecho

¹⁸⁸ “Cabe advertir que si bien es cierto que los Tribunales del Trabajo son Tribunales especiales para el conocimiento de las causas de su competencia, es a nuestro juicio impropio denominar jurisdicción especial del trabajo a la actividad desarrollada por esos órganos (...) porque la jurisdicción no admite, por esencia división alguna si se considera que es una potestad abstracta, única e inherente a la calidad misma del tribunal”. De esta manera, cuando en nuestro estudio se hace mención a la jurisdicción del Trabajo sólo estamos haciendo referencia al ejercicio de la jurisdicción en materia laboral. GAETE, Alfredo y PEREIRA, Hugo. Derecho Procesal del Trabajo. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1950. p18.

del Trabajo, y cómo se refleja en la organización del mismo, esto es, en la judicatura del Trabajo.

1. Subsistemas jurídico-laborales como producto de la diferenciación funcional.

Recordemos que la teoría de sistemas planteada por LUHMANN presenta dos cambios de paradigmas. El primero, sistema/entorno, reemplaza el de todo/partes, de manera tal que las “partes” de un sistema son vistas como diferencias sistema/entorno al interior de un sistema. El segundo, la teoría de la autorreferencia (en otros términos de la autopoiesis), sustituye el de la teoría de sistemas abiertos, siendo la diferencia sistema/entorno un momento de la autorreferencia.

Un sistema autopoietico se sirve de la observación, de forma tal que puede diferenciarse de su entorno empleando la diferencia sistema/entorno como orientación a través de su esquema de distinción propio. Además, tratándose de sistemas sociales, éstos son autoobservadores, esto quiere decir que se introduce la diferencia sistema/entorno en el sistema que se constituye mediante esa diferencia (recordemos que la sociedad como sistema autopoietico tiene a la comunicación como la operación propia de su autopoiesis); se trata pues de un momento operativo de la autopoiesis: la reproducción de los elementos del sistema deben basarse en la diferencia señalada, distinguiendo lo que pertenece al sistema de lo que no, es decir, operando sobre su propio resultado, recursivamente. De ahí que podamos afirmar el carácter sistémico que toman unas comunicaciones laborales diferenciadas.

A través de este mecanismo tiene lugar la **diferenciación** del sistema global sociedad en subsistemas, entre ellos el de Derecho y dentro de él: la judicatura, la legislación, la judicatura especial como la laboral, la legislación especial como la laboral, las comisiones especiales en el Parlamento, los procedimientos especiales como el laboral, los procedimientos especialísimos como el de tutela de derechos fundamentales en materia laboral, etc. Recordemos que el Derecho es un subsistema funcional (la diferenciación de la sociedad en subsistemas se produce mediante un principio diferenciador: la forma de diferenciación es en base a función), lo que supone una

relación entre el subsistema diferenciado funcionalmente y el sistema global, en términos de que la función de aquél consiste precisamente en solucionar un problema de la sociedad global.¹⁸⁹

1.1. El Derecho diferenciado internamente.

En este punto LUHMANN¹⁹⁰ afirma “que el proceso de diferenciación de un sistema requiere del desarrollo simultáneo de una diferenciación interna” por ello el sistema de Derecho entrará en un proceso de diferenciación una vez que internamente ya se ha diferenciado, apareciendo nuevos subsistemas o sistemas parciales, por ejemplo los tribunales.

La diferenciación interna exige, además, que se encuentren regularizadas las relaciones entre los subsistemas: sea sobre la base de la igualdad a través de la segmentación, sea sobre la base de la desigualdad. “El orden general del sistema unitario (en nuestro caso el Derecho) se manifiesta en el hecho de que la relación sistema/entorno de los subsistemas está restringida por las disposiciones que ordenan las relaciones entre los sistemas. Estas disposiciones pueden prever diferentes grados de libertad, diferentes grados de densidad de la integración dependiendo de la complejidad que se ha alcanzado en la evolución del sistema completo. Sólo un nivel muy bajo de complejidad armoniza con la segmentación”. Ejemplo de formaciones operativas en el sistema jurídico, son la existencia de múltiples tribunales que se asemejan y tienen obligación de respeto en plano de igualdad, y por otro lado la coexistencia con formas de diferenciación basadas en desigualdad como tribunales/abogados, tribunales/congreso nacional.

¹⁸⁹ Recordemos que la especialización en funciones tiene al menos dos consecuencias: una, las funciones se cumplen por el subsistema de manera “exclusiva”; dos, la función que cada subsistema realiza solamente puede ser desempeñada por él mismo, vale decir no existe el auxilio por parte de otros subsistemas. Cabe agregar que desde la perspectiva del subsistema funcional la función que realiza corresponde a la observación que el propio subsistema hace del sistema sociedad global, en nuestro interés diríamos que el Derecho del Trabajo observa el sistema social, la sociedad, mediante el cumplimiento de la función por la que se ha especializado.

¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas. El lugar de los tribunales en el sistema jurídico. *En su*: El derecho de la Sociedad. Trad. de Javier Torres Nafarrete. México, DF. Universidad Iberoamericana, 2002. p359ss.

1.1.1. Juez laboral, procedimiento laboral y sentencia laboral.

El porqué abordar aquí la teoría de la diferenciación, radica en el especial papel que asignamos al órgano jurisdiccional como subsistema del Derecho del Trabajo. En los capítulos siguientes se verá en detalle el rol del juez del Trabajo, los procedimientos laborales y la sentencia laboral en la creación social de sentido, dando explicación desde una perspectiva sistémica a la afirmación que formulamos de entrada, en orden a que “existe sólo un sector del Derecho que es capaz de mantener la coherencia del sistema, creando sentido y al mismo tiempo posibilitando su evolución: los Tribunales a través del ejercicio de la jurisdicción”.¹⁹¹

1.2. Posición del órgano jurisdiccional-subsistema en el Derecho.¹⁹²

Resulta necesario establecer cuál es el posicionamiento del órgano jurisdiccional como subsistema, respecto a los otros subsistemas en que se diferencia el Derecho. Lo anterior implica determinar la forma de diferenciación que se impone al sistema de Derecho cuando debe diferenciarse en tribunales. Recordemos que las básicas formas de diferenciación basadas en igualdad o desigualdad en las relaciones de los subsistemas no se excluyen mutuamente.

1.2.1. Distinción entre competencia legislativa y competencia judicial.

Esta distinción basada en la diferenciación de los procedimientos correspondientes, supone la evolución de las normas de competencia y su delimitación restrictiva. Se aprecia aquí

¹⁹¹ Decíamos en capítulos anteriores que un sistema surge en la definición de límites con respecto al entorno, y que los sistemas humanos poseen límites de sentido. El sentido es una estrategia de selección con la que los sistemas sociales, como el Derecho, se enfrentan o procesan la complejidad del entorno: mediante el sentido se conectan las comunicaciones internas del sistema, distinguiendo las que pertenecen a éste y las que no. Este sentido es intersubjetivo, así para que exista la comunicación es indispensable que el sentido sea compartido. A través de la sentencia y su socialización, el juez laboral en acto último, participa activamente en la reducción de complejidad del sistema de Derecho del Trabajo.

¹⁹² Véase LUHMANN, N. *El lugar de los tribunales...* Op. cit. pp359-399.

una **observación de segundo orden** en que el Derecho se observa a sí mismo: “el juez debe tratar de entender que es lo que quiso el legislador, es decir, cómo observó el mundo. Por eso se desarrollan los métodos correspondientes para “interpretar” la voluntad del legislador. El legislador también debe imaginar cómo serán acogidos y trabajados los casos en el tribunal”. Sólo bajo la concepción de labor judicial consistente en que “los tribunales tienen que decidir hasta dónde pueden resolver los casos ayudándose de la interpretación y hasta dónde, en caso de que las soluciones no sean satisfactorias, deben exigir cambios jurídicos por parte del legislador (...), *se posibilita llegar a prohibir la denegación de justicia y a exigir que los tribunales deban decidir sobre todos los casos que se les presenten*”.¹⁹³ ¹⁹⁴ El Derecho internamente impone al juez la necesidad de decidir, como una consecuencia de la explicada clausura operativa del sistema. Luego veremos cómo es que el juez del Trabajo puede llegar a desarrollos legales límites que exijan el cambio en la legislación laboral.

1.2.1.1. Modelo de jerarquía: comprensión retrasada.

Corresponde a un modelo de diferenciación basado en la desigualdad, asimilable a una cadena de instrucciones ordenadas de arriba hacia abajo en que el órgano jurisdiccional se concibe como simple ejecutor de lo decidido por el órgano legislador. No obstante las modificaciones (desde el siglo XIX) en orden a entregar a los jueces claras y amplias facultades de interpretación o la aceptación en algunos ordenamientos del “derecho judicial” como fuente sui generis de derecho, aún se mantiene una concepción de superioridad jerárquica del órgano legislativo sobre el órgano jurisdiccional amparada en que el juez está sometido en su actuar a la ley.

1.2.1.2. La necesidad de decidir.

¹⁹³ Íd. p364-365.

¹⁹⁴ Principio de inexcusabilidad, consagrado en la Constitución Política de la República Art. 76 inc. 2°.

Los tribunales se distinguen de todas las demás instituciones del sistema de derecho por el imperativo de decidir. Así, mientras por un lado, no existe necesidad de celebrar un contrato de trabajo ni tampoco la de legislar acerca de tal o cual trabajo en especial (en ambos casos: a excepción de situaciones particulares que la propia ley indique), por otro, el órgano jurisdiccional se encuentra en la necesidad jurídica de decidir sobre cualquier caso que se le presente, por ello debe manejar aun la posibilidad de obligarse a sí mismo a decidir, en caso de que no se pueda aplicar el código conforme a derecho/ no conforme a derecho a la situación de que se trate. Por lo tanto ni los contratos ni las leyes se encuentran ante el imperativo de decidir por **razones jurídicas** (podrían estarlo por razones económicas, políticas, etc., ante las cuales el sistema derecho fuere “irritado”), y por el contrario los tribunales precisamente por razones jurídicas, vale decir del propio sistema, deben decidir sobre cualquier demanda que se les presente.

Esto se traduce en términos normativos en la prohibición de denegación de la justicia, y en su origen se advierte una orientación hacia el pragmatismo, así se dice que “no es casualidad que con las manifestaciones de las estructuras sociales modernas surja una conciencia de complejidad que excluye la pretensión de trabajar los problemas del mundo de manera lógica o sólo retórica. La condición existencial obliga a la reducción. Hay que suspender la (en sí) eterna interpretación del mundo o de los textos. Aun con la posibilidad de actuar en contra de la propia convicción, hay que comportarse como si existiera algo en lo que uno pudiera confiarse o, que en todo caso, justifique el inicio de la acción”.¹⁹⁵

Por otra parte, la necesidad de decisión por parte del órgano jurisdiccional corresponde a una disposición autológica, vale decir que se incluye a sí misma en el campo de su aplicación, esto significa que si el tribunal está obligado a decidir queda excluido todo aquello que no

¹⁹⁵ LUHMANN, N. *El lugar de los tribunales...* Op. cit. p374. Con relación a esto se plantea en el Common Law la situación de los “hard cases”, casos en que las normas jurídicas vigentes aplicadas a través de métodos deductivos correctos, no devienen sin embargo en decisiones claras. No basta con el conocimiento del derecho inequívocamente vigente para señalar quien está en su derecho, y a pesar de ello los tribunales deben decidir sobre estos casos creando, postulando y presuponiendo aquél sin llegar a garantizar que el programa de decisión tenga validez jurídica más allá de la fuerza jurídica de la decisión del caso concreto. Íd. p376.

constituya una decisión, ya que infringe la disposición autológica. Este orden de cosas nos lleva a hablar de la **paradoja de la decisión**: los tribunales están obligados a adoptar su decisión allí donde no pueden decidir; “y si no pueden, deben esforzarse en poder. Si no encuentran el derecho, hay que inventarlo (...) la paradoja de la decisión que no se puede decidir se debe desarrollar de uno u otro modo; es decir: debe traducirse en distinciones que se puedan manejar”.¹⁹⁶ Los tribunales son los únicos llamados a resolver esta paradoja.

Por otro lado, al ser los tribunales los únicos obligados a la decisión, gozan también del “privilegio de poder transformar la necesidad en libertad (...) sólo ellos deben, donde sea necesario, transformar la indeterminación en determinación; sólo ellos fingen, cuando es necesario, la indisponibilidad de los principios”.¹⁹⁷

El hecho de que los tribunales estén obligados a decidir constituye un “punto de partida para la construcción del universo jurídico, para el pensamiento jurídico y para la argumentación jurídica” y esta es la razón: de que la legitimación (relación con valores que trascienden el Derecho) no tiene un rol importante; de que todo va a depender de que las decisiones anteriores que orientan sean capaces de perdurar; de que la res iudicata no puede ser tocada, salvo en aplicación de reglas excepcionales contempladas en el Derecho; y por último, de que “el derecho debe aprehenderse como un universo cerrado en sí mismo en el que, aun bajo tensiones sociales extremas, se puede practicar la “argumentación puramente jurídica” que decide por sí misma los espacios de interpretación que se pueden permitir, y en el que se puede rechazar la deformación pretendida”.¹⁹⁸ Esto último como expresión del Derecho, sistema autopoietico y en particular del órgano jurisdiccional como subsistema del Derecho, que realiza también operaciones autorreferentes (todas sus decisiones se refieren a otras decisiones del mismo sistema) y que actúa clausurado operacionalmente con autonomía en su operación.

¹⁹⁶ Íd. p379.

¹⁹⁷ Íd. p382.

¹⁹⁸ Íd. p379. Todo derecho es tratado dentro del sistema como autoproducido. En un sistema de Derecho diferenciado sólo existe Derecho positivo, sobre el que se decide en el mismo sistema legal. La decisión acerca del código (conforme a derecho/no conforme a derecho) únicamente puede ser tomada dentro del sistema de Derecho y cuando se adopta esta decisión se hace como una operación del propio sistema.

1.2.1.3. Consecuencias de la necesidad de decisión.

De alguna manera la “paradoja de la decisión que no se puede decidir” busca fórmulas de solución. Es posible ver como primera consecuencia las formas en que se llevan a cabo los procedimientos en los tribunales. El sistema está orientado por programas o reglas de decisión sobre la valoración del código conforme a derecho/no conforme a derecho, las que permiten especificar cuáles son los puntos de vista de la selección, existiendo un alto grado de selectividad. Además existe la incertidumbre sobre cómo será el final del procedimiento, lo que significa que sólo interesan los valores del código en relación a lo que habrá de juzgarse prescindiéndose de cuestiones morales, políticas o económicas (clausura operacional).

Por otra parte, aparecen como consecuencias tardías de la necesidad de decidir “la debilidad metodológica (...), el derrumbamiento de las directrices dogmáticas –y su sustitución por fórmulas de equilibrio- y no por último, la creciente falta de precisión en los límites entre legislación y jurisprudencia y los problemas de regularización que empujan de un lado a otro dependiendo de la constelación en la que sean politizables. En esta perspectiva adquieren mayor importancia el incremento de la quejas contra los tribunales (...) esto es válido para las viejas quejas sobre el exceso de carga de los tribunales y la larga duración de los procesos...”¹⁹⁹

1.2.2. Diferenciación centro-periferia: el órgano jurisdiccional como centro.

Esta forma de diferenciación se basa en la desigualdad y aparece como consecuencia de la diferenciación del centro. La posición dominante del centro es usada para construir en éste otras formas de diferenciación con roles de mayor especificidad, con lo que se produce en

¹⁹⁹ Íd. p381. También surge la pregunta sobre si los procedimientos judiciales constituyen a cabalidad un medio adecuado para la solución de los conflictos, en circunstancias de que la necesidad de decidir acarrea directamente que sean “justiciables” áreas temáticas muy acotadas.

definitiva una “diferenciación de las formas de diferenciación”. La periferia por su parte mantiene una diferenciación segmentaria, o sea basada en la igualdad de sus elementos.

Atendida la paradoja de la decisión en que el órgano jurisdiccional es el único llamado a solucionarla, no resulta posible plantear una forma de diferenciación jerárquica al interior del sistema de Derecho: “los tribunales no le dan ninguna orden al legislador. A lo sumo, le anteponen las condiciones con las que los tribunales pueden entender, aceptar y practicar –eso no es otra cosa que hacer valer su propia existencia. Por eso queda a la mano sustituir el modelo jerárquico por el de una diferenciación entre centro y periferia”.²⁰⁰ Recordemos que la unidad del sistema de derecho (y de todo sistema social) se expresa en él mismo a través de distinciones sistema/entorno, y esto se lleva a cabo mediante el proceso de diferenciación, esto es operando esta distinción sobre su propio resultado.

Entonces, el centro del sistema de Derecho lo ocupa en calidad de subsistema, la organización jurisdiccional y “sólo aquí se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromisos especiales en los jueces. La toma de posesión de una magistratura significa que el juez se subordina a restricciones de comportamiento que no son válidas para cualquier persona: producción de reglas jurídicas ateniéndose a los estándares metodológicos y de contenido vigentes”.²⁰¹ Por eso la organización judicial debe procurar establecer compromisos especiales para aquellos miembros de segmentos especiales como vienen a ser los jueces laborales.

En la periferia del sistema se encuentran todos los demás campos de trabajo del sistema de Derecho, a grandes rasgos, hablamos de la legislación y de la autonomía de la voluntad en su expresión paradigmática, los contratos. “Para la periferia no existe ninguna necesidad de decidir. En las periferias se pueden presentar intereses de cualquier índole e imponerlos con todos los medios disponibles, sin que importe la distinción de intereses legales/intereses ilegales”,²⁰² y es justamente este carácter el que permite que la periferia constituya zona de contacto con otros

²⁰⁰ Íd. p382.

²⁰¹ Íd. p383.

²⁰² Ib.

sistemas funcionales de la sociedad, tales como el Trabajo, la Economía, la Política, la Familia y la Educación. Se produce un desplazamiento hacia la periferia de procesos y funciones “que son compatibles con el hecho de mantenerse abiertos a la variedad, a la adaptación y a las presiones del entorno”;²⁰³ nos hemos referido ya, a la apertura cognitiva del Derecho hacia su entorno.

Dijimos ya que el sistema de Derecho define sus límites y entorno relevante, así como las “irritaciones” de dicho entorno que podrán detonar cambios y que vemos como reformas en la normativa laboral, penal, comercial, etc., (el propio sistema define qué es lo que acepta o rechaza de las proposiciones provenientes del entorno); es precisamente en la periferia del sistema donde las irritaciones se formalizan (o no) jurídicamente. **“En la periferia el sistema garantiza su autonomía al no tener que decidir:** de esta manera se garantiza que el derecho no funcione simplemente como extensión, sin voluntad, de operaciones externas al derecho. El centro requiere precisamente de esta protección dado que la premisa con la que opera va en dirección opuesta. Por eso, los tribunales, si se los compara con los legisladores y los contratantes, trabajan en un aislamiento cognitivo mucho más drástico”.²⁰⁴

1.2.2.1. Particularidades del esquema de diferenciación centro-periferia.

a) **El consenso social pertenece a la periferia.** En este esquema queda de manifiesto la creación de un consenso social necesario y suficiente. Lo relativo al consenso se delega a la periferia, ya sea en la forma de aprobación de la ley o de la celebración del contrato. Por esto es, que los tribunales deben actuar con cierto grado de moderación en la reinterpretación de los contratos y las leyes.

Entonces, si los tribunales tienen que cumplir con la obligación de decidir, no sería posible que deban depender, al mismo tiempo, del consenso “puesto que deben decidir sobre todos los casos, incluyendo aquéllos en los que la validez jurídica no reside en un consenso

²⁰³ Íd. p399.

²⁰⁴ Íd. p384.

seguro”. Tal vez es por eso que “las fórmulas de consenso que utilizan los tribunales (moral *aspirations of the people*, sensibilidad de los hombres más justos y equitativos) aparecen insípidas y rancias, además de que en el proceso ya no se examinan sino que se comportan a manera de ficción jurídica”.²⁰⁵

b) Inexistencia de diferencia de rango o jerarquía. Este esquema no tiene pretensiones de establecer una determinada relevancia social (no es que el ámbito del Trabajo esté sobre la Familia, p. ej.), ni señalar una superioridad estructural jerárquica del órgano jurisdiccional por sobre el legislador o la contratación: tanto el centro como la periferia se requieren mutuamente para funcionar. Por el contrario, con esta forma de diferenciación se intenta simplemente dar solución a la paradoja de la decisión, “como en cualquier forma de diferenciación, sólo se trata de asegurar que lo opuesto (obligación de decidir/no obligación de decidir) se haga posible de manera simultánea y complementaria”.²⁰⁶

c) Ordenamiento interno de la forma de diferenciación centro-periferia. Señalábamos que en el centro, y sólo en él, se admiten otras formas de diferenciación (diferenciación interna del centro), sin que afecte la unidad de la competencia central. Así, es posible la diferenciación por segmentación, es decir basada en la igualdad (diferenciaciones de unidades similares entre sí, por ejemplo, la competencia de juzgados en razón de territorio), y la diferenciación en base a superioridad e inferioridad. En el sistema de Derecho solamente los tribunales constituyen una jerarquía, diferenciándose en forma horizontal: Juez de Letras del Trabajo, Corte de Apelaciones, Corte Suprema.

Por su parte la periferia no admite más diferenciación, “por muy grande que sea la cantidad de asuntos que se presenten. Ya hay evidencias de que se empieza a delegar la función legislativa y de que, de esta manera, ya exista una sobreordenación en el subsistema. Aunque con ello sólo se reparten cometidos, pero no se crean subsistemas autopoieticos (independientes)”.²⁰⁷

²⁰⁵ Íd. p385.

²⁰⁶ Ib.

²⁰⁷ Íd. p386.

1.3. Clausura operacional: interpretación para la consistencia del sistema de Derecho.

Con base en la necesidad de decidir, la organización de la jurisdicción y la ubicación de los tribunales en el centro del sistema de Derecho, es posible reconocer la clausura operacional con que actúa el sistema en particular desde la perspectiva del subsistema tribunal. Los tribunales a través de la **interpretación** realizan una observación de segundo orden, una observación de decisiones jurídicas, entendiendo por tales la producción legislativa, los contratos, y las propias decisiones judiciales (segundo orden porque éstas ya han observado el Derecho).

De esta manera, mediante la interpretación los tribunales se encargan de supervisar la consistencia de dichas decisiones jurídicas, y sólo ellos son llamados a hacerlo. “Los tribunales interpretan de manera argumentativa: para demostrar la racionalidad de su propia decisión. Aquí la observación de segundo orden se utiliza para examinar hasta dónde la consistencia de la observación del derecho obtenida hasta la fecha deja integrar nuevas informaciones o cambios en las preferencias”.²⁰⁸

1.4. Ausencia de determinaciones sociales en la decisión. Correctivos: organización y profesionalización.

“La evolución corta de tajo las determinaciones sociales de la decisión jurídica –sin que las reponga. Y no obstante, los tribunales tienen que decidir. No pueden hacer depender sus decisiones de que se les ocurra algo iluminador, ni siquiera de que estén seguros de cómo se

²⁰⁸ Íd. p389. A propósito de lo anterior, LUHMANN afirma que el interés de la doctrina e investigación académica en las “ciencias del Derecho” estaría precisamente en el sentido de la reconstrucción de las decisiones correctas que han adoptado los tribunales de justicia.

deba decidir”.²⁰⁹ El órgano jurisdiccional tiene obligación de decidir y al hacerlo debe determinarse sólo por el Derecho vigente. El ordenamiento jurídico provee de diversas herramientas o reglas al juez para garantizar que esto último se concrete en todos los casos. Sin embargo, desde una perspectiva sociológica cabe preguntarse qué ocurre con las determinaciones sociales de la decisión jurídica, como por ejemplo las consideraciones sobre el status social de los involucrados en el conflicto, ¿se sustituyen?

LUHMANN señala que existen dos “determinaciones sociales” que son necesarias para asegurar socialmente la independencia del juez y la prohibición de denegación de justicia: la organización y la profesionalización de la competencia jurídica. Ambas permiten un espacio libre de decisión: “si se atiende al lado operativo de la autopoiesis del sistema del Derecho, y no tanto al lado institucional, entonces la influencia de la organización y la profesionalización respecto de lo que se comunica (o deja de comunicar) se erige como la zona limítrofe que circunscribe la verdadera actividad jurídica. Protegido por la organización y la profesionalización, el tribunal hace la presentación de su propia decisión como interpretación y aplicación del derecho vigente que transforma el derecho vigente”.²¹⁰

1.4.1. Organización.

Sin perjuicio del análisis estructural de la judicatura a desarrollar más adelante, diremos aquí que, en cuanto a la organización:

i. Los jueces como miembros de la organización, están obligados a trabajar “de ellos se espera (parte por control del servicio, parte por los mismos colegas) que cumplan con sus tareas (...) ser miembro de la organización quiere decir también que el comportamiento interactivo

²⁰⁹ Íd. p390.

²¹⁰ Íd. p394.

tiene límites que si se transgreden hacer surgir una queja de servicio. Organización significa que los errores se deben mantener en el marco de lo que es “jurídicamente aceptable”(…)”.²¹¹

ii. Organización también da cuenta de que hay diferentes puestos y remuneraciones, vale decir, una carrera judicial.

iii. La organización además actúa como un filtro respecto de las repercusiones de las decisiones judiciales tomadas, en los ingresos y posición del juez, así “puede sobrevivir a las campañas de prensa sin perder su posición y sin que experimente daños económicos. Y, *sobre todo, a la luz de la importancia que tienen en la praxis moderna los cálculos de las consecuencias, es decisivo que al juez no se le responsabilice por las consecuencias de sus decisiones*. La organización cubre el riesgo que aquí se corre. De esta manera muy intrincada, la irresponsabilidad que garantiza la organización facilita que se tomen decisiones”.²¹²

1.4.2. Profesionalización de la competencia jurídica.

En lo que respecta a la profesión y profesionalización se destaca por una parte la importancia del prestigio del experto que permite al jurista operar en el marco altamente selectivo de lo jurídicamente relevante –rechazando todos los deseos de los clientes o de las partes en litigio, que él considera que lo exceden; y la capacidad de relacionarse formal y pacíficamente entre colegas. Específicamente la función referida a los tribunales tiene dos aspectos: por un lado los juristas (jueces y abogados) preparan la decisión formal del litigio, y por otra, buscan prevenir conflictos a través de la elaboración de los instrumentos jurídicos correspondientes, como la presentación de una conciliación en la audiencia preparatoria del juicio de aplicación general en materia laboral.

²¹¹ Íd. p391.

²¹² Íd. p392.

2. Análisis del circuito judicial laboral.

2.1. Generalidades. Diferenciación.

Dentro de la orgánica de la judicatura podemos observar que los tribunales se han diferenciado. Recordemos que el centro del sistema de Derecho lo ocupan los tribunales, y que el centro admite diferentes formas de diferenciación. Una de las formas de diferenciación admisible es la basada en superioridad e inferioridad, vale decir jerarquía. También se admite la diferenciación basada en la igualdad o por segmentación de elementos similares. Así las cosas partimos de la base que al interior del órgano jurisdiccional como subsistema del Derecho, se producen diferentes tipos de diferenciación, y en consecuencia se reproduce una heterogénea gama de órganos jurisdiccionales, pudiendo constatarse en nuestro ordenamiento jurídico: los ordinarios, los especiales y los arbitrales; diferenciación que acontece en función de las materias (más o menos restringidas) que conocen estos tribunales. En los conflictos de naturaleza laboral ejercen jurisdicción:

- i. órganos de naturaleza ordinaria, Corte de Apelaciones y Corte Suprema,
- ii. órganos de naturaleza especial, Juzgados de Letras del Trabajo y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, y
- iii. órganos de naturaleza arbitral, Arbitraje Laboral.²¹³

No obstante lo anterior, advertimos que nuestro análisis estará centrado en los tribunales ordinarios y especiales, ya que desde una perspectiva metodológica los tribunales de naturaleza arbitral dificultan los objetivos planteados en esta investigación.

²¹³ En el título V del Libro IV del Código del Trabajo “Del Arbitraje Laboral”.

Pues bien, la diferenciación asumida en cada caso le otorgará a cada tribunal una estructura particular, tanto en su organización como en el ámbito de sus funciones.²¹⁴ A continuación haremos una revisión del circuito judicial de nuestro país, y en particular del circuito Laboral, incluyendo en esta revisión las modificaciones orgánicas y funcionales que introdujo la reforma procesal laboral que se está implementando gradualmente en el territorio de la República.

2.2. El circuito judicial en general.

Nuestra Constitución Política en su artículo 76 indica que la facultad exclusiva, de conocer de las causas civiles y penales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, corresponde a los tribunales establecidos por ley y que conforman el Poder Judicial. Los tribunales establecidos por ley a que hace referencia el presente artículo, son aquellos señalados en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, el que nos señala que integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía; y que lo conforman como tribunales especiales, los Juzgados de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempos de paz.

En cuanto a la estructura de nuestro Poder Judicial, se configura como una organización jerárquica, en cuyo pináculo encontramos a la Corte Suprema. Son tribunales de segunda instancia las diecisiete Cortes de Apelaciones distribuidas a lo largo de todo el territorio de la República, y de primera instancia los juzgados de letras civiles, del trabajo y aquellos de competencia común, los de garantía y orales en lo penal creados por la reforma procesal penal y los de Familia, también introducidos con motivo de la ley N° 19.968 que modificó el procedimiento en materia de Familia.

²¹⁴ Nótese que coexiste en materia laboral la diferenciación segmentaria, por ejemplo en los Juzgados de Letras del Trabajo, con la diferenciación jerárquica, por ejemplo Juzgados de Letras del Trabajo y Cortes de Apelaciones.

2.3. El circuito judicial laboral en general.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal en materia laboral, con motivo de la promulgación de la ley N° 20.022 y su instalación gradual en el territorio de la República, que pasaremos a detallar más adelante, el circuito que presentaba la judicatura laboral, consideraba una primera instancia especial, constituida por un juez letrado en materia laboral.

Sin embargo en los hechos presentaba una fisonomía en la cual la especialidad no predomina en la mayoría de los tribunales avocados a conocer causas laborales. Así, en función de la competencia que les cabía, el panorama era el siguiente; veinte juzgados de competencia laboral, veintiocho juzgados de competencia civil y laboral, cincuenta y tres con competencia civil, laboral y de menores, y cincuenta y nueve con competencia civil, laboral, menores y penal.²¹⁵

De esta manera, hasta antes de la entrada en vigencia de las reformas procesales, primero penal, luego de familia y la presente reforma procesal laboral, los juzgados de primera instancia en materia laboral, en su inmensa mayoría, claramente no presentaban la especialidad en la función requerida. Si a aquello le sumamos, que gran parte de esos jueces, no fueron formados en la particularidad del Derecho del Trabajo, si no muy por el contrario, en la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento, resulta entonces gravitante su formación civil.

En segunda instancia las Cortes de Apelaciones funcionan en números variables de salas, según el tamaño de cada Corte, integrada cada una de ellas por tres Ministros. Cabe destacar que los Ministros que componen cada sala en mención, legalmente no requieren para el ejercicio de su jurisdicción, de ningún grado de especialización.²¹⁶

²¹⁵ Datos recogidos en GAZMURI R., Consuelo. La justicia del Trabajo en Chile. Realidad y perspectivas. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2004. p9

²¹⁶ La Corte Apelaciones de Santiago funciona en nueve salas, la de San Miguel en seis, las de Valparaíso y Concepción en cinco salas, las de Arica, Antofagasta, La Serena, Rancagua, Talca, Temuco y Valdivia con dos sala, y las de Iquique, Copiapó, Chillán, Puerto Montt, Coihaique y Punta Arenas con una sala.

Por su parte, la Corte Suprema ejerce jurisdicción sobre todo el territorio de la República, con sede en Santiago, la componen veintiún Ministros, que realizan sus funciones en cuatro salas especializadas, sin perjuicio de que el pleno tiene el conocimiento privativo de ciertas materias. La especialización por sala es la siguiente; una sala constitucional, una sala penal, una civil y otra social. Debemos hacer presente que la especialización a que hemos estado haciendo referencia en estricto rigor, no se verifica en una formación especializada ni en una dedicación exclusiva a las materias especiales a que se dedican los Ministros de cada sala especializada, sin ir mas lejos, los Ministros que integran cada una de ellas no necesariamente son especialistas en las materias que han de conocer en función de la especialidad de cada sala, sumado a que éstos son redistribuidos en otras salas cada dos años.

De la descripción efectuada se puede observar que la especialidad, como característica fundamental y necesaria dentro de la judicatura del Trabajo, para la realización de los fines propios del Derecho del Trabajo, no ha sido recogida por nuestra legislación orgánica, dado que, si bien nuestra ley contempla tribunales especiales, dedicados al conocimiento de ciertas particulares materias, en la realidad esta especialidad no se ha verificado ni en los tribunales inferiores ni en los superiores de nuestra judicatura.

En este orden de ideas, decíamos que la especialidad forma parte de lo que denominamos diferenciación de los tribunales en subsistemas dentro del sistema de Derecho. Decíamos que la diferenciación permite reconocer dentro de la estructura de la judicatura, tribunales ordinarios, especiales y arbitrales. Sin embargo, dentro de la especial judicatura del Trabajo, su diferenciación no es sólo orgánica y funcional, se observa que estos tribunales se diferencian además, porque les subyace una particularidad comunicativa, que es producto de la fusión de los sistemas Trabajo y Derecho. Para los sistemas sociales, la diferenciación en la comunicación, constituye una particularidad básica para identificar distintos subsistemas sociales. De este modo una diferenciación basada en la propia actividad operativa de la judicatura laboral es ante todo una diferenciación comunicativa, y las particularidades orgánicas y funcionales propias de la judicatura del Trabajo, están al servicio de esta especial comunicación propia del Derecho del Trabajo, es decir, le son instrumentales a esta última.

2.4. Modificaciones legales a la judicatura del Trabajo.

Pasamos a revisar cómo las iniciativas legislativas que han pretendido reformar la estructura orgánica y funcional de la antigua judicatura, recogen por lo menos orgánicamente la necesidad de una judicatura especial (diferenciada) en materia laboral, que en la práctica signifique un mayor número de tribunales dedicados exclusivamente a asuntos del Trabajo, conscientes de la necesidad de contar con tribunales diferenciados para la real consecución de los fines propios del Derecho del Trabajo.

2.4.1. Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.022 a la judicatura del Trabajo.

La Ley N° 20.022 publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de mayo de 2005, introdujo modificaciones al Código del Trabajo en su Libro V De la Jurisdicción Laboral. La nueva justicia laboral como señalamos anteriormente, contempla una instalación gradual en el territorio de la República, en función de que su implementación contemple la infraestructura adecuada, una suficiente dotación de jueces y funcionarios judiciales especializados en la materia, y particularmente la instalación de un Programa de Defensa Laboral, a cargo de las Corporaciones de Asistencia Judicial, cuyo objeto es brindar una tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores, con abogados de alta calidad profesional para aquellos trabajadores que carezcan de recursos para su defensa particular.

2.4.1.1. Juzgados de Letras del Trabajo.

La implementación de la nueva judicatura contempla cinco etapas, de las cuales, a la fecha, ya se encuentran implementadas dos. Así en la Región de Tarapacá por disposición de la misma Ley en comento, se instaló en la Comuna de Iquique un Juzgado de Letras del Trabajo integrado por tres jueces; en la Región de Atacama se creó un Juzgado en la Comuna de Copiapó integrado por dos jueces; en la Región de Coquimbo se instaló un Tribunal en la Comuna de La Serena integrado por tres jueces; en la Región de Valparaíso se instalaron dos tribunales en las

comunas de Valparaíso y San Felipe integrados por tres y dos jueces, respectivamente, que tendrán competencia sobre las comunas que la Ley señala; en la duodécima Región de Magallanes y La Antártica Chilena se instaló un juez en el único tribunal que se creó para la Comuna de Punta Arenas; y en la recién creada Decimocuarta Región de Los Ríos, se crearon dos tribunales en materia laboral, instalados en las comunas de Valdivia y Osorno, integrados por dos jueces cada tribunal y con competencia en las comunas determinadas que señala la Ley.

Las siguientes etapas en la implementación gradual de esta nueva judicatura laboral están contempladas para ejecutarse durante el año 2009, en el resto de las regiones del país. Cuando la reforma en materia laboral se encuentre funcionando plenamente, situación contemplada para el mes de octubre del año 2009, contaremos en total con 26 Juzgados especializados en la materia, y con 84 jueces que se avocarán exclusivamente al conocimiento de asuntos de su competencia, que de conformidad a lo prevenido por el artículo 420 del Código del Trabajo modificado por ley N° 20.087 de 3 de marzo de 2006, comprende entre otros, todas las cuestiones que se susciten entre empleador y trabajador con motivo de la aplicación de las leyes laborales, contratos de trabajo, acuerdos individuales y colectivos de trabajo o convenciones y fallos arbitrales laborales; aquéllas que se susciten con motivo de aplicar la normativa sindical y de negociación colectiva y que la ley haya entregado el conocimiento a los jueces del ramo; también aquéllas que se presenten al aplicarse las normas de previsión y seguridad social; las que digan relación con la responsabilidad del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales contenidas en la ley N° 19.447; y las que especialmente las leyes entreguen a su conocimiento.

En cuanto a la organización administrativa del tribunal, los nuevos tribunales cuentan básicamente con la misma estructura con que fueron creados los nuevos Juzgados de Familia y Orales en lo Penal. El legislador dispuso que aquellos que tengan a su dependencia dos o mas jueces contarán con cinco unidades especializadas, a saber, una Unidad de salas cuya función será la organización y asistencia de las audiencias; una Unidad de Atención al Público necesaria para su adecuada atención, orientación e información; una Unidad de Administración de causas con dedicación en el manejo y registro de los procesos, comprendiendo en ello las notificaciones, fechas y salas para las audiencias; una Unidad de Servicios para el Soporte Técnico, computacional, de audio, contabilidad y todas aquéllas que incluya la administración y

abastecimiento de las necesidades del tribunal; y por último una Unidad de Cumplimiento, encargada de la importante misión de la adecuada ejecución de las resoluciones judiciales.

2.4.1.2. Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

Particular mención merece la creación de una especial expresión de la judicatura laboral. Hablamos de la creación de los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional. GAZMURI señala que en la actualidad “la competencia de estos tribunales (del Trabajo), en virtud de lo establecido en el artículo 420 del Código del Trabajo, abarca tanto las causas propiamente laborales (causas por despido, prestaciones impagas, desafueros, prácticas antisindicales, accidentes del trabajo, reclamo de multas, etc.), como de cobranza previsional. Estas últimas constituyen la abrumadora mayoría de las que ingresan a dichos tribunales. Si bien ellas no tiene gran incidencia en el quehacer del juez, recargan enormemente la labor de los oficiales de secretaría y receptores,²¹⁷ lo que obstaculiza la tramitación de los juicios del trabajo”.²¹⁸

La congestión que genera el alto número de causas propiamente previsionales que ingresan anualmente a los juzgados del Trabajo²¹⁹, la incapacidad de absorber eficientemente tal demanda por parte de los tribunales, entendible dados los limitados recursos con que cuentan los tribunales, y las más limitadas aún posibilidades de resolver de forma alternativa y/o autocompositiva los conflictos laborales, planteó la necesidad de crear en la ley N° 20.022 un órgano especializado en la solución de este tipos de materias.

Así, los creados Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional son tribunales especiales, que forman parte del Poder Judicial, que pueden ser unipersonales o colegiados en cuanto a su

²¹⁷ Si bien se trata de causas mucho menos complejas que aquellas declarativas (propiamente juicios laborales ordinarios) suponen, sin embargo, un alto número de tareas administrativas, a saber, notificación al demandado, despacho de mandamiento de ejecución y embargo, distintas clases de oficios y certificaciones, etc.

²¹⁸ GAZMURI R., Consuelo. *La justicia del...* Op. cit. p11.

²¹⁹ “...al año 2001 las causas ejecutivas de todo el país representaron un 83,5% del total de las causas laborales y previsionales del país en el año 2001 y un 83,8% en el año 2002 y en Santiago, las causas ejecutivas un 82,7% en el 2001 y 84,4% en el 2002”. Íd. p16.

composición, pero siempre unipersonales en cuanto a su funcionamiento, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas y conocen en primera instancia exclusivamente de todos los asuntos de cobranza en materia laboral y previsional contempladas en la ley.²²⁰

De este modo el artículo 14 N° 2 de la ley N° 20.022 que modifica el artículo 416 del Código del Trabajo, señala que se instalarán juzgados de Cobranza Laboral y Previsional²²¹ con asiento en las comunas de Valparaíso, Concepción, San Miguel integrados por un juez cada tribunal, y Santiago, integrado por seis jueces. El ámbito de competencia que la Ley le otorga a estos tribunales son todas aquellas materias relativas al cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos que las leyes laborales, previsionales o de seguridad social otorguen mérito ejecutivo; en particular la ejecución de aquellos títulos que pretendan el cobro de imposiciones, cobros y multas de los institutos de previsión, regidos por la ley N° 17.322.

2.4.2. Modificaciones que incluía el Proyecto presentado por el Foro para la Reforma de la Justicia Laboral y Previsional relativas a la Segunda Instancia.

2.4.2.1. Recurso de apelación.

En esta instancia técnica que preparó las bases para la reforma procesal en materia laboral, se analizó la situación de la segunda instancia en el marco de la reforma laboral. En principio se llegó a la conclusión que el recurso de apelación ordinario, en términos formales, resultaba incompatible con el nuevo proceso oral que se estaba generando, sin perjuicio que en

²²⁰ MATURANA M., Cristián. Órganos Jurisdiccionales (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2006. p135.

²²¹ Estos tribunales al igual que los del Trabajo, tienen la calidad de tribunales especiales integrantes del Poder Judicial, teniendo sus magistrados la categoría de Jueces de Letras, aplicables a ellos, en lo no previsto por el propio Código Laboral, las normas del Código Orgánico de Tribunales, en particular aquellas que se señalan para los Juzgados de Garantía y Orales en lo Penal.

lo substancial, no podía prescindirse del recurso como mecanismo de revisión por el superior jerárquico de aquellas resoluciones que resulten un perjuicio para el recurrente.

En esta materia, el foro propuso la creación de un recurso especial de apelación para sentencias de primera instancia cuando éstas hubieren sido dictadas con infracción de normas, o cuando en la determinación de los hechos declarados como probados por el tribunal inferior se hubiera infringido en forma manifiesta la normas sobre apreciación de la prueba; o bien en el caso en que se intentara el recurso con el objeto de modificar la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal de primera instancia. Evidentemente se trataría de un recurso de apelación “especial”, en tanto se está recurriendo contra de una sentencia obtenida en un procedimiento oral, inconsistente con el ordinario recurso de apelación civil.

Esta propuesta fue sustituida en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, y sólo se reservó el recurso para aquellas sentencias interlocutorias que pusieren término al juicio o hicieren imposible su continuación,²²² y quedando en definitiva así aprobado, sustituyéndose el anterior artículo 465 por el vigente 476 del Código del Trabajo.

2.4.2.2. Judicatura superior especializada.

En cuanto a la especialización de la segunda instancia, también fue materia de debate al interior del Foro, inclinándose algunos de sus miembros por el reestablecimiento de las Cortes del Trabajo en las ciudades más importantes y otros por la creación de Salas especializadas en las Cortes más grandes.²²³

²²² Así como también las que se pronuncien sobre medidas cautelares y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

²²³ GAZMURI R., Consuelo. La segunda instancia en materia laboral. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2005. p3.

Básicamente el Foro realizó dos propuestas: una, tendiente a que las Cortes de Apelaciones que tuvieran tres o más salas, designaran una de ellas para especializarse en asuntos laborales y de seguridad social, a la que eventualmente podría agregarse el conocimiento de causas de familia, cuando el volumen de ingreso de causas laborales fuere insuficiente; la otra, establecía cuotas de abogados integrantes especialistas en Derecho Laboral.

Ninguna de las mencionadas propuestas fue considerada en el proyecto que finalmente se aprobó por el Congreso, subsistiendo sólo la preferencia para la vista y fallo en Corte de Apelaciones, en el actual artículo 484 del Código del Trabajo reformado. Sin embargo, esta norma también estaba contemplada en el Código del Trabajo pre – reforma, que en su artículo 471 consagraba tal preferencia: en los hechos la garantía de que las causas laborales serían vistas y falladas en un plazo no superior a dos meses, no se cumplía en la mayoría de las Cortes del país, siendo particularmente prolongado el proceso en segunda instancia en aquellas Cortes más importantes.²²⁴

En lo relativo a la Corte Suprema, en términos orgánicos, la reforma no incluye modificación a su respecto, es decir, la falta de especialización y dedicación exclusiva a las materias propiamente laborales es un hecho que se mantiene, por lo tanto en este punto nos remitimos a lo descrito con anterioridad.

2.5. Experiencia española: La jurisdicción del orden social.

²²⁴ Al respecto, sumado a los datos del estudio “La Justicia del Trabajo; realidad y Perspectivas”, que tomó muestras de las apelaciones ingresadas durante los años 2001, 2002 y 2003, en todas las Cortes de Apelaciones del país, GAZMURI concluye que “En términos generales, y cruzando los datos sobre el resultado de las apelaciones y los tiempos de demora en su resolución, puede concluirse que en una proporción muy elevada el recurso de apelación no tiene otro efecto que retardar en muchos meses el cumplimiento de la sentencia de primera instancia, lo que atenta claramente contra el principio de celeridad que, según se ha reflexionado antes, resulta consubstancial a la eficacia de la justicia laboral”. Íd. p30, y agrega que más aún “al cruzar los datos relativos a la duración de la segunda instancia con los de los resultados obtenidos en ella - alrededor de un 80% de confirmaciones y con las materias primordialmente demandadas, que corresponden también, en alrededor de un 80%, a despidos (injustificados, nulos, indirectos) y prestaciones adeudadas al término de la relación laboral lo que les da un carácter claramente alimentario, resulta que en la enorme mayoría de los casos el recurso de apelación sólo implica retardar por un tiempo muy prolongado pagos ordenados en primera instancia que son primordiales para los trabajadores y sus familias. Además, el solo dato de la proporción en que las apelaciones son confirmadas hace dudosa la necesidad del recurso, en su actual sistema de amplia admisibilidad”. Íd. p33.

2.5.1. Orígenes y evolución.

Nos parece relevante revisar a grandes rasgos la organización jurisdiccional española en materia laboral, por su particular diferenciación y por otra parte, porque en tanto judicatura especializada laboral “los orígenes de la Jurisdicción laboral se remontan prácticamente a la iniciación de la legislación sustantiva del trabajo, coincidencia del todo lógica puesto que pronto pudo comprobarse la inadecuación de la jurisdicción civil para resolver los litigios laborales. Los trabajadores, según enseña, la experiencia del Derecho comparado, desconfiaron siempre de una justicia larga, costosa y complicada como la civil, rehusando acudir ante ella”.^{225 226} Advertimos allí una diferenciación del órgano jurisdiccional, centro del sistema de Derecho, en función de la necesidad de dar una adecuada acogida al Derecho del Trabajo en su ámbito sustancial.

No obstante algunos intentos legislativos previos, a principios del siglo XX se crean por primera vez jueces propiamente especiales para conocer de materias laborales, con una evolución en su diferenciación que lleva a decir finalmente que, en la actualidad constituyen una rama diferenciada de la jurisdicción, precisamente en su configuración como órganos especializados de la misma. Así, esta rama adopta el nombre de “orden social de la jurisdicción”, “jurisdicción social”, “jurisdicción laboral”, entre otras, empleándose el vocablo “social” a fin de dar cuenta de un contenido más amplio, incorporando las materias de la Seguridad Social bajo su competencia.

²²⁵ MONTOYA, Alfredo. Derecho del Trabajo. 29ª ed. Madrid, Tecnos, 2008. p238-239.

²²⁶ En este orden de ideas PALOMEQUE señala que “el acceso de los trabajadores a la potestad jurisdiccional para garantizar el cumplimiento de las normas que iban estructurando al naciente Derecho del Trabajo, fue históricamente fruto de la tensión para arrancar de la jurisdicción civil las controversias derivadas de los conflictos nacidos con ocasión del trabajo asalariado. Sólo creando órganos jurisdiccionales especiales fue posible acercar o facilitar el acceso de los trabajadores a la jurisdicción”. PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel. Derecho del Trabajo. 16ª ed. Madrid, Edit. Universitaria Ramón Areces, 2008. p61.

En cuanto a la determinación de la potestad jurisdiccional,²²⁷ nos encontramos ante un “panorama jurisdiccional unitario, de carácter ordinario y común” en que “la jurisdicción de lo social está compuesta por órganos (Jueces y Tribunales) que forman una estructura que despliega sus competencias, procesales y territoriales, para conocer exclusivamente de “las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho” ”. En términos generales podemos decir que la jurisdicción laboral española conoce de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama de lo social, en conflictos y litigios del trabajo asalariado y de relaciones jurídicas paralelas, como las de Seguridad Social.

2.5.2. Organización y competencia de los órganos jurisdiccionales laborales.

En cuanto a la composición de la judicatura laboral española, los órganos de la jurisdicción social son los siguientes, en orden jerárquico: i.- los Juzgados de lo Social; ii.- las salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia; iii.- la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y, iv.- la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Teniendo presente que esta orgánica especializada se corresponde con la particular organización política administrativa española (comunidades autónomas conformadas por provincias), revisaremos brevemente el ámbito de actuación de los mencionados tribunales.

2.5.2.1. Juzgados de lo Social.

Se encuentran radicados en las capitales de provincia y en algunas otras ciudades que presentan altos índices de litigiosidad laboral o poseen una determinada ubicación geográfica.

²²⁷ Así, “en el ámbito de las relaciones de trabajo, la jurisdicción cumple ante todo una función de garantía de los derechos del trabajador (...) de ahí que la legislación laboral reconozca expresamente a los trabajadores el derecho “al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de su trabajo” (...), que es manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todos los ciudadanos, y que dota al trabajador no sólo de la facultad de solicitar la intervención judicial para la resolución de sus litigios y controversias, sino también de una “garantía de indemnidad” que le protege frente a cualquier intento de represalia por parte de la empresa por el solo hecho de reclamar o hacer gestiones para la defensa de sus derechos o intereses legítimos”. VALVERDE, Martín, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín, y GARCÍA, J. Derecho del Trabajo. 17ª ed. Madrid, Tecnos, 2008. p805.

Ejercen jurisdicción en el ámbito provincial (o eventualmente en la ciudad en que estén asentados) y excepcionalmente puede extenderse a dos o más provincias dentro de una misma comunidad autónoma. “La titularidad de la jurisdicción es unipersonal y la ejerce un magistrado, denominado Juez de lo Social que, con los restantes jueces y magistrados de carrera de los diversos órdenes jurisdiccionales, forman el Cuerpo único (...) Está asistido el Juez de lo Social por un Secretario Judicial (Cuerpo de Secretarios Judiciales) y por personal administrativo (oficiales y auxiliares) y subalternos (agentes y ordenanzas)”.²²⁸

Los Juzgados de lo Social son competentes para conocer en única instancia²²⁹ de las materias propias de la jurisdicción social, siempre que no estén expresamente atribuidas a otro órgano de la misma, vale decir, salvo que por ley se establezca el conocimiento de la instancia no a estos Juzgados sino a órganos superiores.

2.5.2.2. Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

La organización judicial culmina con los Tribunales Superiores de Justicia, en el ámbito territorial de cada comunidad autónoma (sin perjuicio de la supremacía en el ejercicio jurisdiccional del Tribunal Supremo), cada uno de los cuales tiene al menos tres salas, siendo una de ellas la de lo Social, existiendo en algunas comunidades más de dos salas de lo Social.

Estos órganos colegiados “conocen de procesos en única instancia o de recursos. En única instancia se les atribuye el conocimiento de unos concretos procesos referidos a materias sindicales y colectivas (...) cuyos efectos se extiendan a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado y no más amplio que el de la Comunidad Autónoma. En vía de recursos, su cardinal ocupación, tienen atribuidos, jerárquicamente, los recursos de suplicación

²²⁸ PALOMEQUE, M. y ALVÁREZ, M. Op. cit. p864.

²²⁹ La figura del recurso de apelación no se encuentra incorporada en el orden jurisdiccional Social, DE LA VILLA, Luis. Ley de Procedimiento laboral: comentada y con jurisprudencia [en línea] La ley. <<http://books.google.cl/books?id=LAMwLxqFWD0C&printsec=frontcover#PPA163,M1>> [consulta: 03 marzo 2009]. p163.

que se promuevan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción”.²³⁰

Cabe destacar que el recurso de suplicación no es un recurso de apelación, por lo que las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia si bien son órganos diferenciados y especializados de la judicatura laboral superior, no constituyen propiamente una segunda instancia especializada. “El recurso de suplicación (...) se configura, no como una mera apelación, sino como un recurso extraordinario que, en cuanto tal, “no permite volver a valorar toda la prueba obrante en autos” lo que es propio de la segunda instancia, sino que obliga al Tribunal a limitar sus facultades revisoras a “aquellas cuestiones que de manera expresa se denuncian por la parte recurrente” no pudiendo “entrar a conocer de las violaciones no acusadas, salvo que trasciendan, conculcándolo, al orden público procesal” ”.^{231 232}

2.5.2.3. Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Esta Sala, compuesta por un Presidente y dos Magistrados, conoce en única instancia de los procesos en materia sindical y colectiva (los atribuidos a los Juzgados de lo Social y enumerados también para la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores) cuando su ámbito exceda el de una Comunidad Autónoma, es decir cuando los efectos de tales procesos extiendan sus efectos a un ámbito superior a ésta. Extiende su jurisdicción al conjunto del territorio español.

²³⁰ PALOMEQUE, M. y ALVÁREZ, M. Op. cit. p868.

²³¹ MONTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p808

²³² El de apelación se trata de un recurso extraordinario, esto significa que debe estar fundamentado en unos motivos tasados y frente a fallos determinados, asemejándose al recurso de casación, si bien las materias litigiosas de ambos recursos se encuentran completamente diferenciadas. MONTOYA agrega que “el de suplicación sigue siendo, por lo demás, un recurso supremo, en el sentido de que, si bien no es decidido por el órgano más elevado de la Jurisdicción (el Tribunal Supremo), es resuelto por sentencia inatacable ante ninguna otra instancia judicial. En efecto, las decisiones de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (...) a las que se encomienda el conocimiento y resolución en suplicación, son inimpugnables, a no ser a través del singular “recurso de casación para la unificación de la doctrina”, hábil para modificar la situación jurídica creada por la sentencia recurrida...”. Íd. p809.

2.5.2.4. Sala IV, de lo Social, del Tribunal Supremo.

En la cúspide de la jurisdicción laboral se sitúa el Tribunal Supremo.²³³ Culmina aquí la organización de la jurisdicción laboral, correspondiéndole conocer de los recursos de casación y casación para la unificación de la doctrina, recurso de revisión, y de las cuestiones de competencia entre órganos de la jurisdicción social que no tengan otro superior jerárquico común. Ejerce jurisdicción en todo el territorio español.

3. Formación en la judicatura laboral.

3.1. Especialidad del órgano jurisdiccional: proceso diferenciado en la formación.

Cuando nos referimos al órgano jurisdiccional con competencia laboral, como subsistema del sistema de Derecho, resulta de la mayor importancia revisar cómo es que el propio sistema, en la producción autopoietica de los elementos que le pertenecen, va formando a los entes que tendrán la misión de integrar y constituir la judicatura del Trabajo.

Adelantamos desde ya,²³⁴ el rol protagónico del tribunal del Trabajo en el establecimiento de un único sentido a las lógicas parciales de cada ámbito que participa del sistema Trabajo, señalando además cómo es que aquéllas deben corregirse y adaptarse al ámbito de las relaciones laborales sin que pierdan su sentido. Esta función de los tribunales carga al juez del Trabajo con una importante responsabilidad para con el sistema Trabajo propiamente tal, por

²³³ “El Tribunal supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales, ámbito en el que la supremacía corresponde al Tribunal Constitucional...” VALVERDE, M., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA, J. Op. cit. p814.

²³⁴ Véase Cap.VI.

un lado dar un sentido de orden al sistema mismo, pero conjuntamente con ello debe mantener la comunicación del sistema laboral entre los actores que participan de él, llámese trabajador, empleador, e incluso el mismo juez, que mediante la sentencia genera más información que se incorpora al sistema Trabajo, generando a su vez más información.

La especialidad con que debe operar un juez del Trabajo, que lo distingue de la operatividad de la judicatura ordinaria, radica entonces en una especial formación. Entendemos que la forma en que el tribunal del Trabajo se hace cargo de la responsabilidad social que pesa en su proceso de creación de sentido para el sistema laboral, y que genera la diferenciación entre el juez ordinario y el juez del Trabajo, viene dado por una cuestión de aprendizaje, esto es, un diferenciado proceso de formación.

A continuación revisaremos cómo es que se forma un juez laboral en nuestra sistema de Derecho, cómo ha sido debatido el tema de la formación profesional del juez durante los últimos años, y en especial este apartado se dedica al proceso de formación de los jueces de la judicatura laboral, así como al papel que le cabe a la Universidad y doctrina laboralista en ello.

3.2. Breve revisión evolutiva del acceso a la judicatura en general.

Hasta la creación de la Academia Judicial en 1994, el acceso al cargo de juez de la República no imponía más exigencias que la acreditación del título de abogado, previo concurso exigido por la ley. Con la promulgación de la ley N° 19.346, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de noviembre de 1994, se dio inicio a una nueva etapa en la formación de quienes pretendieran hacerse parte del Escalafón primario del Poder Judicial y ejercer la función jurisdiccional. Con esta norma el legislador se hace cargo de un anhelo de muchos profesionales del área que, desde la llegada de la democracia, pusieron en discusión la necesidad de la formación profesional y posterior capacitación de los jueces de instancia.

Podemos señalar que el tema de la capacitación judicial y la formación programada e institucional de quienes pretendían formar parte del Poder Judicial, no figuró de forma seria en el

debate nacional si no a partir de la década de los noventa. Durante el período que va desde los años sesenta en adelante, no se vislumbran iniciativas en este sentido, dada la falta de estudios sobre la realidad de los jueces y los tribunales ordinarios, no se conoce con certeza las necesidades propias de la función judicial.²³⁵

Sin embargo cabe destacar algunas iniciativas que, aunque sin concreción legislativa, evidencian una consideración del tema por parte del ejecutivo. Así por ejemplo en 1983, en mes de marzo, el gobierno de la Junta Militar designa una comisión constituida por magistrados, académicos y abogados, con el objeto de formular un proyecto de Escuela Judicial, cuya propuesta sin prosperar, fue archivada.

En el año 1986 se crea el Instituto de Estudios Judiciales dedicado a la realización de actividades de capacitación de magistrados en Santiago y regiones. Otro hito lo constituye el “Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial”, iniciativa conjunta de la Asociación Nacional de Magistrado, la Corporación de Promoción Universitaria y el Instituto de Estudios Judiciales, ejecutado en 1989.²³⁶

Aun cuando el tema de la formación y capacitación de los miembros del Poder Judicial estuvo presente en el debate en los años que precedieron el retorno a la democracia, sólo existió una real y clara intención por introducir reformas modernizadoras en la administración de Justicia y una concreta iniciativa en la necesidad de formación y perfeccionamiento de quienes eran parte de nuestros tribunales, con la creación de la Academia Judicial, proyecto de ley que

²³⁵ Es así que “la carencia de estudios empíricos destinados, por una parte, a evaluar científicamente las necesidades de capacitación judicial y, por otra, a descubrir las percepciones, tanto de los operadores jurídicos cuanto de los propios jueces, acerca de la función judicial, impedían el diseño adecuado de programa de capacitación. En efecto, y a pesar de vislumbrarse alguna preocupación por el tema por parte de los presidentes de la Corte Suprema de la época (quienes vinculaban la capacitación judicial con el escaso interés de los abogados jóvenes por ingresar a la judicatura y la baja calidad profesional de los que efectivamente, ingresaban)”. MUÑOZ SANCHEZ, Andrea y VILLARROEL HOLTSHAMP, Cristina. Aportes para elaborar un programa de formación y perfeccionamiento de jueces. Santiago, Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1995. p18.

²³⁶ “De lo expuesto hasta el momento, es fácil colegir que, hacia finales de la década de los ochenta, el tema de la formación y perfeccionamiento de los jueces había logrado la necesaria relevancia como para convertirse, más tarde, en uno de los tópicos fundamentales de las proposiciones de reforma al Poder Judicial (en vista a su modernización) impulsada a partir del retorno de la democracia en Chile. Es más, incluso en todos los programas de gobierno de los candidatos presidenciales en 1989, el tema judicial ocupó un importante lugar. Asimismo, el Presidente de la Corte Suprema de ese entonces, don Luis Maldonado, abogaba por la pronta creación de una escuela para jueces”. Íd. p21.

luego de ser largamente debatido fue aprobado y promulgado durante el gobierno del Presidente Patricio Aylwin.

3.3. Formación de un juez.

3.3.1. Debates previos.

Durante varios años, académicos, magistrados y profesionales del área debatieron largamente sobre la oportunidad de crear una Escuela que enseñara el oficio de la judicatura a quienes pretendieran hacerse parte de la Administración de Justicia. Las diferencias eran de todo tipo, desde el cuestionamiento mismo de la necesidad de una escuela de formación de jueces, pasando por el propio programa de formación, el modelo de juez que se quería formar, etc.

Sin embargo, un punto importante en que existió coincidencia fue en torno a la metodología para el aprendizaje de los alumnos. Particularmente respecto a un modelo de juez reflexivo, se ha dicho que “será posible sólo si el tipo de actividad educacional se desenvuelve en un esquema participativo y va acompañada de algunos elementos que motiven y orienten la reflexión, como pueden ser casos hipotéticos o reales, lecturas seleccionadas previamente, ejercicios de simulación, material audiovisual y otros. La preparación de estas actividades requiere, como se apreciará, de un trabajo previo, que permita conocer y manejar la percepción que los jueces tienen acerca de diferentes aspectos de la función jurisdiccional, para así poder elaborar dinámicas y materiales que conduzcan a una mejor comprensión de los grados de libertad y responsabilidad que estos tienen”.²³⁷

3.3.2. Formación y capacitación: modelos de enseñanza.

²³⁷ Íd. p14.

Cuestiones tales como, el modo en que ha de entenderse la función judicial, el modelo de juez que deseamos como sociedad, y el perfil del juez²³⁸ que el sistema requiere, resultan cruciales a la hora de determinar el modelo de formación y perfeccionamiento de jueces. Las investigaciones en torno a este tema reconocen tres “modelos formativos” que en sus particularidades ponen énfasis en determinadas características que el juez debiera poseer; a saber: el modelo de la adaptación, el modelo del cambio y el modelo gerencial.²³⁹

3.3.2.1. Modelo formativo de la adaptación.

Este modelo obedece en lo básico a una determinada forma de concebir la función jurisdiccional, proveniente de los postulados de la escuela clásica de la exégesis, en virtud de la cual el juez no es sino un mero aplicador de la ley, ya que se entiende que la norma es portadora de un único sentido verdadero, que el juez sólo tiene que descubrir o develar. El juez juega un rol pasivo y puramente cognoscitivo; en consecuencia, un buen juez sería aquél que tiene conocimiento sobre las leyes y aplica las soluciones únicas y verdaderas que éstas contemplan para el caso de que conozca, actuando con fidelidad a la norma y con sujeción al texto.

De esta manera, aquí la ley positiva constituye el eje central de la actividad jurisdiccional, ergo los programas de formación y perfeccionamiento deberán centrarse en complementar, profundizar y actualizar el conocimiento de la legislación vigente, así como también de aquellos contenidos no cubiertos por la enseñanza en las Escuelas de Derecho. Así, la metodología de aprendizaje de los alumnos no variaría en nada de aquella recibida en el

²³⁸ Para Carlos Cerda se entiende como perfil del juez “aquello que los sentidos y la inteligencia humana captan como lo que lo caracteriza (...) toda vez que cualquier programa de capacitación judicial habría necesariamente de apuntar a esa peculiaridad o ser propios del juez, procurando dar énfasis a uno o más de sus rasgos o componentes” CERDA, Carlos. *El perfil del Juez*. En: PROYECTO de capacitación, perfeccionamiento y política judicial por Corporación de Promoción Universitaria “et al”. Santiago, Chile. 1990-91. V1, p23.

²³⁹ Los dos primeros dicen relación con una determinada forma de comprender la función jurisdiccional y ésta a su vez con un cierto concepto de interpretación. Nos serviremos del análisis de estos modelos en MUÑOZ, A. y VILLARREAL, C. Op. cit. p12-15.

pregrado, con clases de tipo expositiva y con una participación muy reducida de parte de los alumnos.

3.3.2.2. Modelo formativo del cambio.

En virtud de este modelo se pretende incorporar mejoras al sistema de administración de justicia, por la vía de producir cambios de conducta en los jueces, haciéndolos capaces de intervenir en el sistema, perfeccionándolo. Este modelo de formación y perfeccionamiento se sitúa en un plano diferente y responde a otra forma de concebir la función de los jueces. Aquí la forma de concebir la función jurisdiccional se relaciona con un concepto de interpretar, como atribución de un sentido a la norma por parte del intérprete o como fijación de un sentido de los varios posibles que el texto invoca, si es que no derechamente a crear una norma.

Evidentemente este modelo de formación necesariamente exige extender el aprendizaje a las más variadas dimensiones del fenómeno jurídico, y no quedarse en el plano simplemente normativo, como en el modelo anterior. La metodología de enseñanza se orientará al desarrollo de capacidades y destrezas reflexivas y analíticas por parte de los alumnos, y lo que es aún más determinante, al conocimiento de las diversas fuentes del derecho, como también de las distintas realidades sociales que puedan verse afectadas con las decisiones por él adoptadas, y las diversas opciones axiológicas involucradas en su cometido.

Un modelo como el aquí descrito, requiere una metodología que involucre actividades participativas, de tipo reflexivas, que desarrollen en el alumno una capacidad de análisis suficiente de las distintas vertientes de información que confluyen en un proceso, y que le permitan arribar a una atribución de sentido responsable de los valores jurídicos socialmente relevantes para la comunidad.

3.3.2.3. Modelo formativo gerencial.

De alguna manera este modelo forma parte del modelo anterior. Se caracteriza por privilegiar el desarrollo de destrezas y habilidades propiamente administrativas o gerenciales, lo que significa concebir la función jurisdiccional como un servicio que se presta a los usuarios y la unidad judicial como una empresa que dirige el juez. Este modelo no responde a una especial concepción acerca del derecho o de una determinada visión de la función jurisdiccional.

La gestión administrativa del tribunal es una función no menor dentro de la diversidad de obligaciones a que el juez debe responder en el ejercicio de la actividad judicial. Una buena administración del tribunal, un adecuado manejo del personal a cargo, una responsable administración financiera, son tópicos que permiten que la administración de justicia sea más expedita y eficiente para los justiciables. Sin embargo, el modelo gerencial no es un modelo que se haga cargo de una determinada concepción de lo que el derecho es o debiera ser, tampoco constituye parte de lo que entendemos es el acto de adjudicación que involucra la principal labor del tribunal, lo que no es óbice a que sus planteamientos no puedan ser incluidos en los contenidos de enseñanza de los dos anteriores modelos. Sin lugar a dudas, el entrenamiento en una mejor gestión y organización al interior de la unidad judicial, redundará siempre en una mejor calidad de servicio y más expedito acceso para los usuarios, y por lo tanto debiera siempre estar presente en un programa de formación y en los programas de perfeccionamiento de quienes integran el personal del tribunal.

3.3.2.4. Modelo formativo y responsabilidad.

Hasta aquí hemos descrito cuáles serían las posibilidades metodológicas al momento de definir una adecuada instrucción de quienes quisieran entrar a formar parte del escalafón primario de la administración de justicia. Nos detendremos en el modelo formativo del cambio, dado el aporte que efectúa a la obtención de operadores del sistema, más consistente con la responsabilidad social que recae en la función jurisdiccional especial laboral.

En el modelo de la exégesis o modelo de la adaptación, el juez carece de responsabilidad moral por el contenido de las decisiones que adopta, en tanto entiende que su función es meramente cognoscitiva de los hechos que se le presentan, y resuelve la contienda con aplicación directa de las decisiones verdaderas y unívocas que le ofrece el legislador, las cuales se entienden contenidas en la norma, debiendo hacerlo con estricto apego a ellas.

Por su parte, en el modelo formativo del cambio podemos observar, dada la particularidad operativa del órgano jurisdiccional, que esa responsabilidad sí debe ser asumida por el juez, en tanto la decisión no resulta de una aplicación inconciente de la norma, por el contrario el juez entiende que del ejercicio reflexivo de la norma puede arribarse a más de un sentido, realizando por tanto un acto de voluntad al solucionar el conflicto, fijando o aún dotando de un sentido de aquellos que la norma porta. El “juez del cambio”, enfrenta la complejidad que le genera la batería legislativa de que dispone, y en un acto volitivo de intérprete, fija, atribuye un sentido de todos los convocados por la norma, sin perjuicio de incluso poder generar uno distinto. Este acto de voluntad implícito en la operación del adjudicador, lo carga de responsabilidad moral por aquella decisión que adopta, pero a su vez lo reviste de una mayor autonomía en la realización de su labor.

Ciertamente la tarea de resolver y fallar un conflicto resulta un quehacer mucho más complejo y amplio, que la de ceñirse escrupulosamente a la voluntad del legislador, lo que de suyo obliga al operador a desarrollar una particular capacidad analítica para indagar y ordenar la información jurídicamente relevante, conocer extensamente las diversas fuentes del Derecho, y tener las habilidades suficientes para acceder a ellas, así como conocer las posibilidades axiológicas y las consecuencias o externalidades sociales que pueda contener su acto de decisión.

3.4. Instancias formales de formación de un juez del Trabajo.

3.4.1. Formación en la Universidad.

Una revisión respecto a la enseñanza brindada en las Escuelas de Derecho evidencia claramente una carencia de contenidos propios de un adiestramiento para el ejercicio de la función judicial. “En efecto, un análisis de lo que ha sido la enseñanza brindada por las Escuelas del Derecho permite afirmar que dicha enseñanza se ha dirigido, fundamentalmente, a la formación de abogados litigantes (...) en desmedro de la amplia gama de posibilidades laborales que ofrece la profesión jurídica, como por ejemplo la investigación y la propia función judicial”.²⁴⁰

CÚNEO²⁴¹ afirma que la enseñanza del Derecho en las universidades chilenas se ha centrado, en los últimos cincuenta años, en:

- i.- Enseñar la ley escrita, relegando a un segundo plano las demás fuentes del Derecho;
- ii.- Reproducir, con un grado variable de énfasis en la memorización, el contenido de los principales códigos;
- iii.- Lograr en el alumno un cierto dominio de los ámbitos del Derecho civil y procesal;
- iv.- Privilegiar el estudio del sistema normativo por sobre el caso concreto omitiendo las consideraciones de elementos fácticos y valóricos de particular relevancia, sobretudo en la tarea jurisdiccional.

Claramente dichas deficiencias en la formación en las Escuelas de Derecho, ha redundado en que los alumnos que egresan se caractericen más bien por ser principalmente conocedores normativos, más que operadores jurídicos prácticos. La realidad se torna aún más dramática tratándose de aquellos alumnos que pretendan formar parte del poder judicial, dadas las particulares destrezas, habilidades y conocimientos con que debiera contar un juez.

²⁴⁰ MUÑOZ, A. y VILLARROEL, C. Op. cit. p16.

²⁴¹ CÚNEO, Andrés. Cit. Ib.

3.4.1.1. El rol de la doctrina Laboralista.

3.4.1.1.1. La doctrina jurídica en general.

“La doctrina jurídica es la Ciencia del Derecho elaborada por los jurisconsultos” y “cumple finalidades científicas, prácticas y críticas”.²⁴² Finalidades científicas, en tanto busca determinar los principios generales y elaborar las instituciones fundamentales del Derecho, mediante el estudio y ordenación de las normas jurídicas. Finalidades prácticas, a fin de facilitar la aplicación del Derecho, a través de la exposición e interpretación del ordenamiento jurídico. Y por último, finalidades críticas juzgando la justicia y conveniencia del Derecho a fin de lograr la realización de determinados valores socialmente queridos. LUHMANN señala que la dogmática jurídica define “las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos (...). Así, la dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico”.²⁴³

Como señala PACHECO el Derecho occidental en gran medida es el Derecho de los especialistas: “la redacción normativa, el lenguaje forense, la práctica profesional, la conceptualización de los problemas, han alcanzado un alto grado de perfeccionamiento y especialización como consecuencia de la continua depuración llevada a cabo por los juristas y los profesores de Derecho”. De esta manera, en los ordenamientos jurídicos de raigambre romana en los que “el Derecho ha alcanzado un alto grado de especialización, la labor doctrinaria de los juristas constituye un poderoso factor de desarrollo, Es una fuente del Derecho en el más estricto sentido de la palabra, cuyo peso excede en mucho el hecho de que los jueces

²⁴² PACHECO, M. *Teoría...* Op. cit. p350.

²⁴³ LUHMANN, Niklas. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1983. p3.

no se encuentran formalmente obligados a guiarse por sus enseñanzas. De hecho lo hacen y en una forma más profunda de lo que habitualmente se acepta por los propios especialistas”.²⁴⁴

En este orden de ideas MONTROYA, recuerda que la *opinio doctorum* moviliza numerosas reformas legales y orienta el quehacer, entre otros, de jueces, funcionarios administrativos, abogados, etc. “De este modo, la doctrina de los jurisconsultos, fundada en un “largo estudio, observación y experiencia” (...) es la suprema instancia crítica de las realizaciones del legislador, de los jueces y de la Administración”.²⁴⁵ En este quehacer, la dogmática jurídica hace posible la distancia crítica, la organización de un estrato de reflexiones, de fundamentos, de valoración de relaciones, “con el que el material jurídico es controlado y elaborado para la aplicación más allá de su valor como dato no mediado. La dogmática regula la conducta disponedora del jurista”.²⁴⁶ En este sentido, hace posible la reproducción de “dudas” (el aumento de las inseguridades soportables). Se trata entonces de elevar el número de aquellas inseguridades que “son compatibles con dos exigencias centrales del sistema jurídico: con la vinculación a las normas jurídicas y con la necesidad de decidir en caso de conflictos jurídicos”.²⁴⁷

3.4.1.1.2. Doctrina Laboral. Profesor de Derecho del Trabajo.

²⁴⁴ Agrega que “pretender negar carácter de fuente (del derecho) a la doctrina por la simple consideración formal de que el juez no se encuentra obligado a aceptar el criterio de un autor en determinada obra, es perder de vista la función primordial que ella ha jugado en la dinámica jurídica, en la formación de especialistas y en la articulación y desarrollo de los valores jurídicos”. CUETO, Julio, cit. PACHECO, M. Op. cit. p351. En este sentido MONTROYA, “así ha podido hablarse de la “autoridad inmensa” de los juristas teóricos en cuanto a la elaboración y aplicación de las normas, llegando a afirmarse que el Derecho continental es un Derecho de profesores y que el jurista-maestro es su verdadero protagonista” MONTROYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p216.

²⁴⁵ Ib.

²⁴⁶ LUHMANN, N. *Sistema jurídico...* Op. cit p29.

²⁴⁷ Íd. p 30.

En lo que respecta a los estudiosos del Derecho del Trabajo, desde el punto de vista práctico éstos juegan un papel importante en su aplicación, ya que por un lado realizan una labor de interpretación y aplicación de las normas, mientras que por otro, más allá de analizar un caso concreto, crean una “doctrina” mediante la cual fijan el sentido que debiera darse a la norma laboral, y en ésta se formarían abogados y futuros jueces de esta rama jurídica. MONTOYA afirma que “de este modo, la norma ya no es entendida como un ente autónomo y aislado, sino como un texto *transmitido o interpretado* por quienes tienen la misión de desvelar su significado a los demás; la norma no tiene, en consecuencia, otro sentido que el que le atribuyen sus intérpretes cualificados, sean éstos jueces, funcionarios administrativos o profesores, esto es, personas investidas de la facultad de aplicar o de enseñar el derecho”.²⁴⁸

El profesor e investigador de Derecho del Trabajo debe ser al mismo tiempo expositor y crítico. Expositor, porque la formación profesional entrega capacitación en el plano técnico-jurídico y “en tal sentido, enjuiciar la corrección técnica de la proposición normativa o jurisdiccional, o la afirmación doctrinal, constituye función típica del teórico del Derecho, en su doble misión de investigador y docente”. Crítico, porque resulta insuficiente un jurista puramente teórico “sumergido exclusivamente en el análisis técnico del Derecho, e ignorante de las dimensiones socioeconómicas, política, morales, ideológicas o filosóficas del objeto de su estudio”.²⁴⁹ No basta entonces con dominar a nivel de conocimiento, el sistema de Derecho del Trabajo, también es preciso abarcar elementos de otros sistemas sociales tales como la Economía y Política, y así discurrir con adecuado fundamento sobre los respectivos acoplamientos estructurales que se produzcan.

Así las cosas, forma parte del cometido del teórico profesor del Derecho del Trabajo el ejercer una función crítica, “no sólo en el plano técnico-jurídico, sino también en el más amplio de la valoración de los fines y efectos de las instituciones jurídicas” y en este punto, a fin de deslindar con algún grado de claridad la crítica técnica de las meras apreciaciones personales, se encuentra con la Constitución que contiene un determinado modelo ético-jurídico, entregando

²⁴⁸ MONTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p213.

²⁴⁹ MONTOYA, Alfredo. Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia. *Revista española de Derecho del Trabajo*. (58): 173-188, mar-abr. 1993. p181. Es así que el profesor de Derecho del Trabajo “habrá de estar atento a fenómenos culturales como la valoración que merece el hecho del trabajo, y en particular el trabajo, manual; así como a fenómenos socio-económicos como la extensión de la llamada economía sumergida o clandestina, y a datos estadísticos varios”. Íd. p187.

“el material del que se tiene que partir al criticar el contenido de una ley, para elaborar el criterio de valoración necesario en cada caso”.²⁵⁰ En este sentido, LUHMANN acusa la necesidad de una “adecuada conciencia de la posición social del sistema jurídico y de la práctica jurídica con todas sus consecuencias”,²⁵¹ y la adaptación de la dogmática jurídica a ello, puesto que el jurista no manejaría adecuadamente desde un punto de vista jurídico, la problemática de las consecuencias de sus decisiones (que está obligado a adoptar).

MONTOYA²⁵² afirma que se ha de “enseñar Derecho del Trabajo con el fin de contribuir a la formación de buenos juristas prácticos”. Respecto a la formación de los futuros jueces y juristas en general, en la enseñanza del Derecho del Trabajo, es posible distinguir tres niveles de formación: a) la posesión de una cultura jurídica; b) la posesión de unos conocimientos técnicos; y c) la posesión de un criterio ético-jurídico orientador de la actividad profesional hacia la realización de la justicia. Resultando absolutamente insuficiente la actividad del jurista del trabajo que se limita a la “enseñanza del derecho que no ve en éste más que un ramplón repertorio de soluciones a problemas concretos”.²⁵³

En fin, en tanto el profesor de Derecho del Trabajo forma parte del sistema social, hay que decir que se interesa en definitiva “por la dimensión y entornos sociales del Derecho en la medida en que él mismo no es sólo jurista, sino también ser social, miembro de la sociedad, al que no puede serle ajena la corriente de las ideas, de los hechos, de la historia, y la cultura en un palabra”.²⁵⁴

3.4.2. Formación en la Academia Judicial.

²⁵⁰ MONTOYA, A. Íd. p182.

²⁵¹ LUHMANN, N. *Sistema Jurídico...* Op. cit. p13.

²⁵² MONTOYA, A. *Sobre el Derecho...* Op. cit. p186.

²⁵³ Íd. p188.

²⁵⁴ Ib.

En 1996 la Academia Judicial abre sus puertas a los integrantes del Poder Judicial a través de los programas de perfeccionamiento, de habilitación, y a aquellos abogados que desearan ingresar al Escalafón primario del Poder Judicial cursando y aprobando el programa de formación pertinente.

En cuanto a la misión de la Academia, la ley establece que le corresponde “la formación de los postulantes a cargos del Escalafón Primario del Poder Judicial y el perfeccionamiento de todos los integrantes de dicho poder” (art. 1º de la ley Nº 19.346). Sin perjuicio de ello, el Consejo Directivo de la Academia ha complementado el objetivo definido en la ley, señalando que “la misión de la Academia Judicial es diseñar e impartir programas de capacitación, especialmente destinados a los miembros del Poder Judicial, a fin de desarrollar las competencias necesarias para un eficiente desempeño, con particular énfasis en el rol del Poder Judicial como sustento del Estado de Derecho, acorde con los valores inherentes a la función jurisdiccional: dignidad, probidad, independencia, prudencia, dedicación, sobriedad, respeto, reserva y espíritu de servicio”.²⁵⁵

3.4.2.1. Objetivos generales en la formación.

Los programas de formación, para integrar el escalafón primario del Poder Judicial contemplan los siguientes objetivos generales:²⁵⁶

i.- Lograr que el alumno sea capaz de comprender a cabalidad el rol del Juez en la sociedad, la responsabilidad que les cabe por sus decisiones y el papel que les corresponde cumplir para el logro de una administración de justicia eficiente y oportuna.

²⁵⁵ ACADEMIA Judicial. Cuenta Anual de Actividades Academia judicial. Enero-Diciembre. 2007. Santiago, Chile, Academia Judicial Chile. p2.

²⁵⁶ Íd. p10-11.

ii.- Completar los conocimientos de los alumnos en aquellas materias que, siendo indispensables para el ejercicio de la función judicial, no forman parte de los estudios de pregrado o resultan insuficientes.

iii.- Dotar a los alumnos de las destrezas, habilidades y criterios necesarios para el ejercicio de la función judicial.²⁵⁷

iv.- Obtener que los alumnos sean capaces de comprender los principios que, de modo generalmente aceptado, constituyen tendencias claras en la evolución jurídica e inspiran las políticas públicas, de manera de generar en ellos capacidad de adaptación y apertura al cambio.

En cuanto a la metodología utilizada, contempla principalmente actividades prácticas, seminarios y talleres tendientes a proporcionar las destrezas y criterios propios de la función judicial, favoreciendo siempre una dinámica participativa de los alumnos. El adiestramiento también contempla pasantías y talleres en tribunales, actividades que resultan centrales a la hora de transmitir las habilidades y criterios propios de la actividad. Esto último resulta no menos importante, dado que recoge las inquietudes de quienes participaron de las discusiones previas a la creación de la Academia, y que ya fueron detalladas en apartado anterior (v. Cap. IV, 3.3.2.).

3.4.2.2. Justificación de una especial formación en materia laboral.

Respecto a la necesidad de una justicia laboral especializada, en el contexto del debate acerca de la necesidad de reformar la orgánica y procedimientos en materia laboral, se señalaba entre los elementos básicos para que funcione adecuadamente una jurisdicción especializada, el

²⁵⁷ Este objetivo apunta a desarrollar en los alumnos las capacidades y los criterios que les permitan desempeñarse adecuadamente en la función judicial, como dirigir comparendos y otras audiencias verbales, interrogar detenidos e inculcados, tratar con abogados y procuradores, hasta aquellas destrezas, habilidades y/o criterios de mayor complejidad que inciden, por ejemplo en el proceso de apreciación de las pruebas hechas valer por las partes, en la elaboración de la decisión judicial, en la justificación de dichas decisiones, en las técnicas de conciliación, etc. Al mismo tiempo, con este objetivo se pretende desarrollar en los alumnos aquellas capacidades, habilidades y destrezas necesarias para organizar y dirigir eficientemente el trabajo de su tribunal.

“que los operadores del sistema tengan la especialización necesaria para que puedan resolver ese tipo de conflictos, dado que la cuestión laboral tiene y requiere de ciertos conocimientos que son algo distinto de los asuntos comunes o tradicionales que se ventilan en los tribunales de justicia”.²⁵⁸

“¿Por qué se estima que es necesaria esta especialización? Porque son los objetivos, los caracteres y los principios que rigen el derecho laboral los que hacen necesaria una especialidad de los tribunales del ramo. Sus objetivos son fundamentalmente, facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la mejora de las condiciones del trabajo y de vida de los trabajadores (...) el Derecho del Trabajo tiene también, como todo derecho, una finalidad estabilizadora y pacificadora del orden social de convivencia”.²⁵⁹

Por ello las exigencias propias del Derecho del Trabajo no quedan satisfechas si se encomienda su administración a funcionarios de la carrera judicial sin una especialidad formativa, en este sentido MONTTOYA afirma que “dada la peculiaridad de los principios que inspiran la legislación del Trabajo, tan distintos de los que presiden la legislación civil, se impone una formación especializada en los jueces laborales, que puede incluso llegar a reflejarse en la creación de órganos jurisdiccionales específicos, distintos de los existentes para dirimir los litigios de Derecho “común” ”.²⁶⁰

De esta manera, resulta indispensable que la orientación natural de la formación y perfeccionamiento de los jueces del trabajo apunten al desarrollo de habilidades y criterios que le permitan tener un acabado conocimiento de todos los principios que inspiran la disciplina, como así mismo de todas las fuentes del Derecho. Resulta también perentorio, que quien pretenda

²⁵⁸ Además de que “se cuente con un número de tribunales necesarios para solucionar los conflictos de relevancia jurídica laboral (...) y que además se cuente con un procedimiento adecuado, rápido, breve, sumario, que resuelva problemas tan urgentes como son los que se derivan de la cuestión laboral”. JUICA A., Milton. Procedimiento laboral, un procedimiento oral?. En: Seminario sobre Resolución de conflictos laborales. Perspectivas para una reforma. Santiago, Chile, Dirección de Comunicaciones Codelco-Chile, 2000. p24.

²⁵⁹ LIBEDINSKY T., Marcos. Necesidad de una justicia laboral especializada. En: Seminario sobre Resolución de conflictos laborales. Perspectivas para una reforma. Santiago, Chile, Editado por Dirección de Comunicaciones de Codelco-Chile, 2000. p39.

²⁶⁰ MONTTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p238.

desempeñarse dentro de la especial judicatura del trabajo, esté infundido de una profunda comprensión de la realidad social, toda vez que el Derecho del Trabajo es una rama que busca cristalizar la paz social en el contexto específico del conflicto laboral.

Solamente quien esté especialmente formado en esta área del Derecho, puede conocer todas las dimensiones del fenómeno jurídico laboral, y realizar en consecuencia un acto de adjudicación, solucionando con justicia el conflicto que se le presente.

3.4.2.3. Formación de un juez del Trabajo en la Academia.

Conforme al Programa de Perfeccionamiento de los miembros del Poder Judicial para el Escalafón Primario y Secundario de la Academia Judicial de Chile, correspondiente al año 2008,²⁶¹ los cursos ofrecidos en el ámbito del Derecho del Trabajo son los siguientes:

i.- Curso introductorio-habilitante para optar al cargo de Juez de Cobranza Laboral y Previsional. Tiene por objeto el conocimiento, comprensión y análisis de las fuentes obligacionales del débito previsional en el marco de las normas sustantivas del derecho sustantivo y el sistema de fuentes, en el marco de los principios aplicables a la disciplina. Como asimismo el desarrollo de destrezas para la aplicación de las normas de procedimiento propias del juicio de cobranza laboral y previsional y del juicio ejecutivo, fundado en los títulos ejecutivos laborales, de conformidad a las atribuciones y funciones que la ley, en particular las contenidas en la ley N° 20.023, confieren al juez de cobranza laboral y previsional.

ii.- Curso introductorio-habilitante para optar al cargo de Juez de Letras del Trabajo. Tiene por objeto desarrollar el conocimiento, comprensión, análisis y aplicación de las normas de derecho sustantivo del Trabajo en su dimensión individual como colectiva, en el marco de los principios aplicables a la disciplina. Asimismo, la aplicación de las normas de procedimiento aplicables al juicio del trabajo y de los procedimientos especiales, especialmente el relativo a la

²⁶¹ ACADEMIA Judicial. Programa de Perfeccionamiento de los Miembros del Poder Judicial para el Escalafón Primario y Secundario. Santiago, Chile, Academia Judicial Chile, 2008. p197ss.

tutela de los derechos fundamentales, de conformidad a las atribuciones y funciones que la ley asigna.

iii.- Apreciación y valoración de la prueba en juicios de Trabajo. El objetivo general consiste en conocer, comprender y analizar el sistema de apreciación probatoria de la *sana crítica*, en el marco de los sistemas de libre valoración y de los sistemas probatorios en general, y evaluar la importancia de tal forma de apreciación probatoria para el cumplimiento de las exigencias legales para la argumentación de la sentencia definitiva.

iv.- Curso para subrogantes legales de Juzgados de Letras del Trabajo. Tiene por finalidad el conocimiento y análisis de las fuentes y contenidos de las relaciones de trabajo, en el marco de las normas sustantivas del derecho sustantivo y del sistema de fuentes, de acuerdo a los principios aplicables a la disciplina y entender los temas nuevos que se plantean en el marco de las relaciones de trabajo dependiente, como las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales que las enmarcan en un derecho esencialmente evolutivo. Asimismo, aplicar las normas de procedimiento del juicio del Trabajo, tanto en la dirección de las audiencias como en la resolución de los incidentes que se planteen.

v.- Curso para Ministros de Cortes de Apelaciones sobre la nueva Judicatura Laboral. El objetivo de este curso es el análisis de los principales institutos procesales del juicio oral del trabajo orientados al conocimiento de las causas del trabajo en segunda instancia. Conocer los procedimientos del modelo de audiencias en el juicio oral del trabajo y conocer cuáles de las materias de competencia de los jueces del trabajo son de conocimiento en segunda instancia.

También existen cursos de perfeccionamiento para miembros del poder judicial, tales como: curso de profundización para jueces de cobranza laboral y previsional; curso de profundización para jueces de letras del trabajo; curso sobre la flexibilización del trabajo y tecnologías: el régimen jurídico del teletrabajo; curso sobre los derechos de seguridad social y su incumplimiento ante la jurisdicción laboral y previsional; la subcontratación; negociación colectiva; recursos humanos y programación de la agenda en juzgados de letras del trabajo; taller de litigación en tribunales del trabajo; y terminación del contrato de trabajo e indemnizaciones a que da lugar.

CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTO. POTESTADES INSTRUMENTALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

En este capítulo abordaremos la teoría de la legitimación por procedimientos. Esta teoría es una respuesta a la pregunta por la posibilidad de legitimar decisiones políticas vinculantes en una sociedad moderna, es decir, como se institucionalizan expectativas normativas. La pregunta es acerca de la legitimidad de la legalidad y la respuesta es en clave procedimental.

1. Los Procedimientos como legitimación de la legalidad.

Entendemos la **legitimación** como “disposición generalizada para aceptar decisiones con un contenido todavía indeterminado dentro de ciertos límites de tolerancia”.²⁶²

El problema que resuelve una teoría de legitimación por procedimientos es el paso de la legitimidad a la legalidad, es decir, como se logra sumisión por parte de un colectivo a un conjunto de disposiciones abstractas, distantes e impersonales, sin que la respuesta pase por la

²⁶² DEWEY, Matías. Procedimientos fallidos: disposición al riesgo y legitimación de expectativas normativas en Argentina. Revista de sociología [Universidad de Chile] (22): 165-217. p166.

amenaza constante de violencia física. Son los **procedimientos** como sistemas sociales los que constituyen y transforman las expectativas. Esto se logra mediante una estructura de roles y una reglamentación jurídica que permite la emergencia de un “clima social” dispuesto a la aceptación de las decisiones que se toman en los procedimientos.

Como sabemos el sistema político de una sociedad compleja debe tomar decisiones que gocen de legitimidad, en un contexto de demandas contradictorias. Esto no puede lograrse sobre la base de un consenso ideológico o convencimiento general, porque no existen. Es más, si existieran, el carácter estático de dichos convencimientos dejarían sin capacidad de reacción al sistema. Ergo, en aras de cumplir su función de lograr la aceptación de decisiones que él mismo toma, debe independizarse de tales convencimientos. Debe lograr diferenciarse de convencimientos morales, religiosos o económicos, por citar algunos. De esta manera la legitimación no descansa sobre valores o verdades, sino sobre las mismas decisiones tomadas conforme al marco de Derecho vigente.

Las elecciones, los procedimientos administrativos, legislativos, y los judiciales, son mecanismos sociales que posibilitan el aprendizaje y la aceptación de las normas. Así, es necesario recalcar el carácter emergente de los procedimientos como sistemas sociales: se trata de instancias que coadyuvan a una reestructuración de las expectativas normativas, siendo un momento de aprendizaje de la nueva situación, esto es de la posible aceptación de las decisiones.

En este sentido, el Mensaje Presidencial del proyecto de ley que pretendía sustituir el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo (Ley N° 20.087), hacía mención a este aspecto en términos de que “la experiencias comparadas dan cuenta de las ventajas que supone para toda sociedad contar con procedimientos jurisdiccionales, particularmente en el orden laboral, que se caractericen por la celeridad, la inmediatez y la concentración, lográndose en ellos importantes niveles de pacificación de las relaciones laborales y, por sobre todo, alcanzándose un alto nivel de legitimidad entre los justiciables, que

ven en los órganos jurisdiccionales un medio adecuado para canalizar los conflictos y lograr la plena efectividad del derecho”.²⁶³

1.1. La incertidumbre en el desenlace: elemento fundamental del procedimiento.

Existe un déficit de creencia social en las normas del Derecho, pues en los procedimientos que producen estas instituciones normativas existen falencias estructurales que impiden el logro de su función. Aún no se le ha dotado de personalización a la falta de creencia, es decir, aún no se culpa a las personas que ejercen los cargos por negligencia o dolo, sino que se mantiene un discurso de desconfianza en contra del “sistema”, así, en abstracto. Es una desconfianza generalizada que tiene su origen en un déficit del propio Derecho por no cumplimiento de su función. De esta manera, si se viola una norma y el Derecho no reacciona adecuadamente, se pone en duda su funcionamiento para la próxima vez, es decir, hay desconfianza. En este contexto es donde los procedimientos pierden su componente máspreciado: **la incertidumbre** del desenlace del procedimiento.

Esta incertidumbre es confianza, la confianza en un procedimiento de desarrollo y resultado incierto, pero del que se participa esperando tener éxito.²⁶⁴ Luego, si la incertidumbre se transforma en certidumbre de no tener éxito, esa desconfianza merma las probabilidades de legitimación de las decisiones.

1.1.1. El procedimiento fallido: consecuencia de la pérdida de incertidumbre.

²⁶³ HISTORIA DE LA LEY N° 20.087 sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf>> [consulta: 16 marzo 2009]. p8-9.

²⁶⁴ “Correspondientemente el sustento del sistema de derecho al apoyarse en la Constitución encuentra sentido en la garantía procedimental puesto que el proceso no puede prometer a cada uno que el derecho decidirá a favor de él, como él se lo imagina”. LUHMANN, N. *El Derecho de...* Op. cit. p380.

El concepto de procedimiento fallido expresa que la función del mismo se encuentra bloqueada. Este bloqueo se debe a que la desconfianza interfiere en su capacidad para generar disposición orientada a la aceptación de normas.

La incertidumbre sobre el resultado del procedimiento es el motor del mismo, en cuanto impele a las partes a impulsar sus propios intereses, los participantes se esfuerzan por determinados resultados asumiendo adecuadamente sus roles. Sin esta incertidumbre no hay confianza y no hay legitimación de las decisiones. De modo que la certidumbre alcanza una connotación funesta: no se acude a los procedimientos, al Derecho, porque se tiene la certeza de que no se obtendrán resultados reales, o sea, se obtendrá siempre el mismo resultado.²⁶⁵ En este sentido el procedimiento se ritualiza, y no cumple su función de producir expectativas que acepten la nueva situación.

De ningún modo se trata de plantear una suerte de inutilidad o incapacidad de los procedimientos. Sólo se trata de realzar la **función del procedimiento laboral**, esto es, legitimar decisiones que cada vez cuesta más tomar en una realidad tan compleja como la que estamos viviendo. De lo contrario se va a continuar acrecentando el fenómeno de abandono del Derecho. Es decir, la falta de confianza en los resultados del iter judicial lleva a que se tomen otros caminos para la canalización de expectativas o de hecho éstas se abandonen.²⁶⁶ En este sentido, la evaluación a la justicia del Trabajo previa a la reforma, daba cuenta de una incapacidad de dar soluciones oportunas a los conflictos suscitados en el ámbito de las relaciones laborales

²⁶⁵ El Mensaje Presidencial mencionado, manifestaba esta inquietud en tanto señalaba que “el sistema vigente, caracterizado por la excesiva tardanza en la tramitación de los procesos laborales, producto tanto de la insuficientes cobertura de los tribunales como por la propia conformación del procedimiento, plantean serias dificultades en relación con el debido acceso a la justicia por parte de los trabajadores, produciendo con ello sentimientos de frustración y desencanto y la sensación de que aquellos derechos que les son reconocidos en la práctica se transforman en letra muerta... Es un hecho que los demandantes de justicia laboral deben postergar sus expectativas de solución jurisdiccional, debido a lo extenso de los procesos y a las dificultades para ejercer patrimonialmente los derechos en juicio”. HISTORIA DE LA LEY N° 20.087. Op cit. p8.

²⁶⁶ Un posible indicador en el antiguo sistema es que “el número de causas laborales en tribunales es inferior al total de reclamos no conciliados por vía administrativa, lo que indica que una parte de esos reclamos se abandonan una vez fracasada la vía administrativa” HENRÍQUEZ, H., y RIQUELME, V. Lejos del Trabajo Decente: el empleo desprotegido en Chile. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2006. p155.

generando “la sensación de inutilidad de recurrir a la justicia, común a muchos trabajadores, de frustración frente a juicios que se eternizan o sentencias favorables que no logran cumplirse” lo que se atribuía fundamentalmente “a factores como la sobrecarga de trabajo que afecta a los tribunales especializados en lo laboral y la existencia de un procedimiento inadecuado por sus características de escrituración, formalismo, desconcentración y pasividad del juez, quien sólo actúa a iniciativa de parte”.²⁶⁷

2. Procedimiento laboral como subsistema del Derecho del Trabajo.²⁶⁸

Nos hemos referido a la diferenciación que se produce en el sistema de Derecho del Trabajo en subsistemas, tales como la judicatura especial laboral, la legislación especial laboral y los procedimientos especiales laborales. Dicha diferenciación se produce en términos de que el subsistema se especializa en el cumplimiento de una determinada función. Así, en lo que nos convoca, el procedimiento laboral,²⁶⁹ como subsistema tiene por objeto coadyuvar a una reestructuración de las expectativas normativas laborales que permita la legitimación (aceptación) de la decisión que adopte el órgano jurisdiccional, manteniéndose la incertidumbre del resultado del mismo hasta su finalización. El conjunto de normas referidas a los procedimientos en materia laboral²⁷⁰ forman parte del programa o reglas de decisión con que se

²⁶⁷ GAZMURI, Consuelo. *La Justicia del...* Op. cit. p5.

²⁶⁸ A efectos del tratamiento como subsistema del Derecho del Trabajo, hablamos de procedimiento en lugar de proceso. Siendo el proceso un concepto abstracto, único e inclasificable, que se va desarrollando precisamente a través de los respectivos procedimientos (múltiples y clasificables), resulta coherente con la diferenciación inherente a todo subsistema, referirnos al “procedimiento” laboral.

²⁶⁹ En términos genéricos. Existe un mayor grado de diferenciación, que da lugar a distintos procedimientos en el Derecho del Trabajo: procedimiento declarativo de aplicación general (art. 446ss Código del Trabajo); procedimiento de ejecución (para el cumplimiento de la sentencia y la ejecución de los títulos ejecutivos laborales, art. 463ss Código del Trabajo); y tres procedimientos especiales, de tutela laboral (art. 485ss Código del Trabajo), monitorio art. 496ss Código del Trabajo), y de reclamación de multas y demás resoluciones administrativas (art. 503ss Código del Trabajo).

²⁷⁰ Integrante del Derecho Procesal Funcional. El Derecho Procesal del Trabajo se caracteriza por ser un conjunto de normas instrumentales para “la actuación del Derecho del Trabajo” regulando los actos de jueces y partes en los procedimientos. DE LITALA Cit. MACCHIAVELLO C., Guido. Manual de Derecho Procesal del Trabajo. Santiago, Chile, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 1997. p67.

orienta el sistema de Derecho del Trabajo. En definitiva se trata de “una institución jurídica para formalizar y dirimir conflictos de trabajo ante un juez específicamente instituido por el Estado con esta finalidad”.²⁷¹

2.1. Especialidad en el procedimiento laboral.

Desde un punto de vista histórico de diferenciación, MONTOYA afirma que “desde fines del siglo XX, del mismo modo que se propugna un Derecho sustantivo “nuevo” frente al Civil..., con el fin de garantizar la efectiva protección jurídica de los trabajadores, se defiende el establecimiento de un proceso laboral específico, ágil y económico, libre de la complicación, lentitud y costo del proceso civil”.²⁷² Además, partiendo de la concepción de que las normas procesales resultan instrumentales al derecho sustantivo, resalta “que la evolución del Derecho material laboral incide, con mayor intensidad que en cualquier otra rama, en el derecho procesal laboral”.²⁷³ Y es que existe la necesaria interdependencia funcional entre subsistemas del Derecho: el Derecho del Trabajo material o sustancial y el Derecho del Trabajo procesal, en términos del procedimiento laboral, se hacen cargo de otorga tutela jurídica en el ámbito de lo laboral, con coordinación de la tutela material y de la tutela procesal.

Precisamente el Mensaje Presidencial señala como uno de los objetivos del proyecto de la reforma procesal laboral chilena, la potenciación del carácter diferenciado del procedimiento laboral. “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 sin en muchas ocasiones antagónicos”.²⁷⁴

²⁷¹ ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho Procesal del Trabajo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969. p15.

²⁷² MONTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p754.

²⁷³ ALMAGRO, J. Cit. Ib.

²⁷⁴ HISTORIA DE LA LEY N° 20.087. Op. cit. p12.

En este orden de ideas podemos resaltar, concordando con el profesor MACCHIAVELLO, que en consonancia a los fines propios del Derecho del Trabajo, un procedimiento laboral diferenciado del civil se justifica en aspectos tales como:²⁷⁵ la naturaleza del conflicto laboral; la necesidad de rapidez, eficiencia y una garantía de justicia más allá de la habilidad de las partes; el interés a nivel país para una justicia pronta y efectiva, como elemento de paz social, progreso y desarrollo, así como de las propias partes en razón de su función propia (empresario) y subsistencia (trabajador); la existencia de una parte más débil con dificultad de acceso a la justicia en cuanto costos y abogados. De esta manera, “derivado de los principios propios laborales, el proceso debe contar con las adecuaciones necesarias para que se compensen y se equilibren las realidades de las partes, que lleve a un encuentro entre sujetos con posibilidades ciertas igualitarias, para lo cual se requiere de “realismo y eficacia” ”.²⁷⁶

3. Procedimiento como presupuesto del ejercicio de la jurisdicción.

La jurisdicción es una función esencialmente pública emanada de la soberanía nacional. El profesor MATORANA define la jurisdicción como “el Poder-Deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que éstos dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado a requerimiento de parte y a desarrollarse según las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República”.²⁷⁷ Así, la jurisdicción debe ser ejercida mediante el debido proceso, el cual deberá tramitarse según las normas de un racional y justo procedimiento.

²⁷⁵ MACCHIAVELLO, G. Op. cit. p19ss.

²⁷⁶ Íd. p22.

²⁷⁷ MATORANA M., Cristián. Derecho Procesal Orgánico: introducción, la jurisdicción, la competencia (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2003. p111.

La actividad jurisdiccional es necesariamente una actividad reglada, lo que se traduce en el desarrollo del respectivo procedimiento. Señalamos que el procedimiento otorga legitimidad a la decisión. Por otra parte, el procedimiento indica la forma como se actúa dentro de determinados ámbitos en función de los tribunales, en función de las partes, o también en función de materias. Básicamente las normas que ordenan el procedimiento laboral, señalan el desarrollo de las actuaciones del juez y de las partes, ordenando el comportamiento esperable. En particular, el juez se someterá en la producción de decisiones a los estándares metodológicos y de contenido vigentes, en definitiva a las reglas del programa.

Ahora bien, desde el punto de vista de la creación de normas jurídicas,²⁷⁸ diremos que los tribunales laborales, como órganos diferenciados del Estado (funcional y orgánicamente), en su actuar ejercen una parte de la potestad normativa estatal: esto es, la potestad normativa²⁷⁹ jurisdiccional en materia laboral, distinguiéndose a su respecto la potestad normativa en sentido estricto, manifestada principalmente en la dictación de la sentencia, y cuyo examen se aborda en el capítulo VI, y la potestad normativa instrumental, que comprende las demás atribuciones que ordenan la forma en que el órgano jurisdiccional ha de arribar a la sentencia y están referidas al procedimiento laboral.

3.1. Momentos jurisdiccionales en el procedimiento laboral.

²⁷⁸ Infra Cap. VI, 2.1.

²⁷⁹ Más allá del análisis que se hará en el Capítulo VI sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo, digamos que las doctrinas modernas aceptan el hecho de que no todo el Derecho está en la ley, ésta no goza de plenitud hermética. En consonancia a ello, está la paradoja de la decisión que pesa sobre los tribunales. “Por ello se concluyó que la sentencia es fuente formal del Derecho, en cuanto crea normas jurídicas individuales. En efecto, como el juez no puede dejar de juzgar, porque con ello atentaría contra los principios del orden público, no puede dejar de crear Derecho al juzgar, porque toda aplicación normativa es una creación...En el ejercicio de esta función los tribunales van perfilando el Derecho, definiendo su contenido, precisando el alcance de las normas, complementándolas si existen lagunas y, en definitiva, mejorando el Derecho vigente. En esta forma los jueces producen, continuamente, nuevas normas jurídicas”. PACHECO, M. *Teoría del...* Op. cit. p347-348.

La potestad jurisdiccional se ejerce en etapas o fases, las que a su vez dicen relación con las que se deben contemplar dentro de un debido proceso. Así, se reconoce en el ejercicio de la jurisdicción los momentos jurisdiccionales de: conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado (recogidos en el art. 76 de la Constitución Política de la República y en el art.1º Código Orgánico de Tribunales). En el procedimiento laboral, se reconocen estas tres fases:

i.- Fase de conocimiento o cognición: se desarrolla en dos audiencias, la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio (art. 450 Código del Trabajo), y se caracterizan por regir los principios de oralidad e inmediación. Se materializa básicamente en la demanda, contestación, y en la actividad probatoria.

ii.- Fase de juzgamiento: la decisión caracteriza el rol del juez (Recordemos que el órgano jurisdiccional como subsistema del sistema de Derecho, se encuentra en la necesidad de decidir). Esta etapa implica el análisis y reflexión de los antecedentes de hecho y de derecho que correspondan a la cuestión en debate. El acto de juicio de autoridad, la decisión, se exterioriza en la dictación de la sentencia definitiva (arts. 457, 458 y 459 Código del Trabajo).

iii.- Fase de cumplimiento o ejecución de lo juzgado: anexo a la jurisdicción va el imperio: la facultad de hacer cumplir por medios compulsivos lo juzgado (en ausencia de cumplimiento espontáneo), esto es con el auxilio de la fuerza pública. En materia laboral la ejecución de las resoluciones judiciales o títulos ejecutivos se regula en el párrafo 4º del capítulo II del Libro V del Código del Trabajo titulado “del cumplimiento de la sentencia y de la ejecución de los títulos laborales”, estableciéndose dos procedimientos de ejecución: el cumplimiento de sentencias condenatorias laborales (arts. 465 a 472 Código del Trabajo), y la ejecución de otros títulos laborales distintos a la sentencia ejecutoriada (art. 473 Código del Trabajo).

3.2. Potestades normativas instrumentales: especialización en el procedimiento laboral.

Correlativamente a los momentos jurisdiccionales se habla de tres potestades o atribuciones: conocer, juzgar y ejecutar. La potestad de juzgamiento del juez laboral queda reservada al análisis de la potestad normativa en sentido estricto, abordada en el capítulo VI. En lo que respecta a las atribuciones de conocimiento y ejecución, reiteremos que atendida la diferenciación operada en el sistema de Derecho del Trabajo, el procedimiento laboral experimenta una especialización funcional: así también, las potestades del juez del trabajo, manifestadas en sus actuaciones en el procedimiento, presentan particularidades acorde a la especialización del mismo. Estas potestades las denominamos normativas instrumentales, en cuanto sirven a la potestad normativa estricta, y se relacionan con ella en términos de que el conocer constituye un requisito de legitimidad y validez de ésta, y el hacer ejecutar lo juzgado es un presupuesto para que la decisión sea eficaz.

4. Potestades del juez del Trabajo en una concepción publicista del proceso.

La concepción publicista o publicística²⁸⁰ del proceso plantea que éste tiene una finalidad de interés público, que sobrepasa la visión de mera vía de solución de conflictos entre particulares,²⁸¹ por lo que no corresponde al órgano jurisdiccional actuar pasivamente en el proceso, debiendo buscar la verdad activamente. De esta más amplia concepción del proceso, emana la amplitud de poderes jurisdiccionales y así, “del adecuado manejo del instrumental del proceso por el juez, en el acompañamiento del rol primario que corresponde a las partes, depende generalmente la correcta instrucción de la causa y el esclarecimiento de la verdad de los hechos que se controvierten, y ello resulta esencial para el acierto y la justicia intrínseca de la

²⁸⁰ En oposición a la concepción privatista del proceso o también denominada garantista, bajo la cual el proceso sólo incumbe a las partes: el único titular del interés discutido al interior del proceso es el individuo y no la sociedad. Consecuentemente se está por la limitación de los poderes jurisdiccionales.

²⁸¹ En este sentido, BORDALI afirma que “la jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para que diriman sus conflictos privados. La jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de legalidad; es la terminal de la publicidad, esto es, última instancia dentro del sistema estatal para defender y realizar la legalidad constitucional así como los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos”. BORDALI, Andrés. Los poderes del juez civil. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. y PALOMO VELEZ, Diego. (Coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007. pp179-203. p192.

decisión final. A partir de esta premisa debe convenirse que sólo un juez que asuma protagónicamente, “activamente”, el rol del conductor, director y autoridad, puede garantizar la satisfacción de los fines públicos de la jurisdicción (...). Las preceptivas procesales imponen habitualmente a los jueces verdaderos poderes-deberes en ese sentido (...) la sola inserción de previsiones semejantes no es bastante, sin embargo, pues la experiencia revela que a menudo tales deberes no son observados por razones complejas, entre las que suele prevalecer la enraizada concepción de la “neutralidad” y pasividad judicial”.^{282 283}

4.1. El rol activo del juez del Trabajo.

Tratándose de un procedimiento caracterizado por el desenvolvimiento en audiencias regidas por el principio de oralidad, el procedimiento laboral exige una operatividad distinta de jueces y abogados. “Los importantes contenidos que se contemplan para esta clase de audiencias así lo exigen. Juez, partes y abogados deben asistir y participar de manera muy activa. El modelo procesal predominantemente oral exige conductas distintas de los jueces y de los abogados, exige abandonar esa pasividad tan característica del proceso escrito. Implica, entre otras cosas,

²⁸² BERIZONCE, Roberto. Bases y principios que informan el código modelo procesal civil para Iberoamérica de 1988. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. y PALOMO VELEZ., Diego. (Coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007. pp53-77. p70.

²⁸³ Este modelo publicista tiene tres características fundamentales con relación a la valoración de la prueba: i.- En cuanto a la dirección del proceso, el juez es el encargado del impulso y orientación del desarrollo del proceso hacia el cumplimiento de sus fines, concediéndosele medios o poderes procesales adecuados; ii.-En cuanto a la estructura del procedimiento, se postula el principio de la intermediación a fin de habilitar al juez para conocer la verdad real de los hechos a través de la directa observación de las pruebas, exigiendo la concentración de los actos procesales en las audiencias; iii.-En cuanto a la sentencia, existe una apreciación razonada de la prueba y más allá de aplicar mecánica y fríamente la norma genérica es decir la ley, lo que el juez hace es crear una norma específica para el caso concreto. VARILLAS SOLANO, Juan. La valoración de la prueba en el proceso civil [en línea] <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1_2001/16.pdf. p2> [consulta: 19 marzo 2009].

un aumento de los poderes de dirección formal del juez, hablándose en doctrina del juez director”.²⁸⁴

Particularmente con relación al juez, por rol activo nos referimos a que el juez del trabajo requiere de una actitud o comportamiento distinto de un juez civil no especializado, que se verifica fundamentalmente en hacer avanzar el proceso dado el interés de carácter público envuelto en él, dirigiéndolo activamente con el fin de resolver lo antes posible el conflicto, rapidez que redundaría en el beneficio del cuerpo social. “El país, como nación tiene un interés relevante en el proceso laboral para una justicia pronta y efectiva, como elemento de paz social, progreso y desarrollo...A este interés nacional se suma el de los litigantes, el empresario no debería recargar sus costos con largas defensas que le distraen de su función básica de producir más, mejor y en paz social, y el trabajador necesita “subsistir” durante el pleito. No le sirve una justicia que llegue tardíamente...”²⁸⁵ El sistema de Derecho del Trabajo, se encuentra acoplado estructuralmente a otros sistemas sociales tales como la economía, y al ser interdependientes y estar acoplados estructuralmente a su entorno, éstos son susceptibles a ciertas irritaciones del entorno. Así por ejemplo, la pérdida de poder adquisitivo experimentada por el trabajador durante el proceso, a gran escala redundaría en una disminución del consumo, de la demanda agregada y de la producción en la economía.

El rol activo del juez del trabajo se justifica fundamentalmente en el problema de la disparidad de planos en que se encuentran las partes en conflicto; “mientras las partes del proceso civil se sitúan en posición de absoluta igualdad ante el juez, de acuerdo con la concepción demoliberal de la institución procesal, en el proceso de trabajo, se parte del hecho de que el trabajador-tipo se sitúa en una posición de inferioridad sociológica frente al empresario, la otra parte prototípica de la relación jurídica procesal; inferioridad que el ordenamiento intenta remontar colocando a la parte más débil bajo una especial protección”.²⁸⁶ De esta manera la

²⁸⁴ PALOMO VELEZ, Diego. Modelo procesal civil chileno conveniencia de articular una nueva regulación sostenida en la oralidad como eje formal facilitador. *En su: Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil.* Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007. pp159-175. p170.

²⁸⁵ MACCHIAVELLO, G. Op. cit. p20.

²⁸⁶ MONTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p755.

función tuitiva del Derecho del Trabajo, se traslada al procedimiento laboral, instrumentalizándose en las potestades que se entregan al juez, pretendiendo una igualdad material de las partes en el proceso, y perfilando con ello un modelo de juez activista.²⁸⁷

La concepción publicista o eficientista del proceso, apunta a que éste sea un instrumento eficaz de solución de conflictos, y entiende el rol activo enmarcado en un modelo de juez “que esté atento a lo que ocurre dentro y fuera del proceso, como actor social que es, privilegiando el uso de herramientas procesales que procuren dar una respuesta rápida y eficaz a esta sociedad moderna; cada vez más exigente, que no sólo se contenta con ver el derecho declarado sino con el derecho plenamente restablecido. Se procura tener un juez acorde con los tiempos, que goce de poderes instructorios (la posibilidad de ordenar la actuación de pruebas de oficio), que goce de poderes cautelares (poder general de cautela); que goce de función creadora (por ejemplo, resolver conflictos, cuando corresponda, más allá de las limitaciones naturales de la norma positiva); que goce de plenos poderes jurisdiccionales (por ejemplo, que el juez haga uso de sus poderes jurisdiccionales implícitos para doblegar la voluntad de quien se resiste injustificadamente a cumplir un mandato judicial)”.²⁸⁸

El rol activo del juez dice relación con el principio formativo del procedimiento laboral de impulso procesal de oficio. Este se traduce conforme el artículo 429 del Código del Trabajo en que desde que sea reclamada su intervención en forma legal el juez actuará de oficio. Así en cuanto a la admisibilidad de la demanda el juez corregirá de propia iniciativa “los errores que observe en la tramitación del juicio” y por otra parte “adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento”. En cuanto a la dirección del iter procesal “adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida y, en

²⁸⁷ Este nuevo modelo de juez activista se sustenta en un imperativo de carácter social, y “se desenvuelve dentro de la denominada “justicia auxiliatoria”, “de colaboración” o de “acompañamiento”, cuyas notas principales, aún no definitivamente definidas, descansan en la misión que asume de apoyo y colaboración con las partes a través de la información y hasta el auxilio técnico, que se brinda con el fin de compensar las desigualdades de los contrincantes. Particularmente en cierta clase de conflictos de *interés social*, v. gr., los derivados de situaciones de familia y menores, de las relaciones de duración –laborales, previsionales y de seguridad social (...) la figura del juez se proyecta entonces hacia un plano preponderante, con incidencia particular en las etapas de preparación del proceso y de prueba”. BERIZONCE, R. Op. cit. p72-73.

²⁸⁸ SIMONS PINO, Adrián. Poderes jurisdiccionales. El dilema entre el juez activo y el juez autoritario. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. y PALOMO VELEZ., Diego. (Coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007. pp205-226. p215.

consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento” (superando la discusión doctrinaria sobre el abandono en el antiguo procedimiento). En materia probatoria tiene iniciativa en cuanto “decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes” y además su rol activo se manifiesta en que “rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes”; además el juez “recibirá de inmediato la causa a prueba, cuando ello fuere procedente” (art. 453, n° 3, inc. 1°, Código del Trabajo), sin perjuicio de otras atribuciones particulares con relación a la producción de la prueba.

Finalmente el rol activo del juez del Trabajo, dice relación con un amplio protagonismo en el procedimiento (que atempera lo dispositivo en cuanto determinación de las pretensiones de cada una de las partes, en definitiva el objeto de la litis, y el deber de congruencia entre lo pedido y lo resuelto), particularmente en lo relativo a la prueba. Así, advertimos que se faculta al juez para “formular a los absolventes las preguntas que estime pertinente, así como ordenarles precisen o aclaren sus respuestas” (art. 454, n° 4, inc. final, Código del Trabajo); en la prueba testimonial podrá formular a los testigos las preguntas que estime “necesarias para el esclarecimiento de los hechos sobre los que versa el juicio, pudiendo también exigir que aclaren o precisen sus dichos”. (art. 454, n° 6, inc 1°, Código del Trabajo); a su vez cuando no se les exima de la obligación de concurrir a la audiencia de juicio, “la declaración de los peritos se desarrollará de acuerdo a las normas establecidas para los testigos” (art. 453. n° 8, inc 5°, Código del Trabajo).

4.2. Potestades del juez del trabajo, como poder-deber del juez.

Bajo una concepción publicista del proceso las potestades del juez emanan del concepto mismo de jurisdicción: conocer, juzgar y ejecutar. De esta manera, “los poderes de la jurisdicción son aquéllos que el juez posee o tiene a su servicio para el cumplimiento de sus fines. Dichos poderes se manifiestan de la siguiente manera: a) Poder de decisión. b) Poder de ejecución. c) Poder de coerción. d) Poder de instrumentación”.²⁸⁹ En definitiva, estos poderes son los que el derecho procesal atribuye normalmente al órgano para el ejercicio de la

²⁸⁹ Íd. p216.

jurisdicción (reglados). Sin embargo, más allá de éstos, el juez está dotado de poderes genéricos propios del natural ejercicio de la función jurisdiccional, emanados del carácter de **poder-deber** de la misma. Creemos que en el particular caso del juez del trabajo, esta comprensión acerca de sus potestades resulta plenamente coherente y necesaria al rol activo que requiere asumir en aras de la realización de los fines del Derecho del Trabajo.

En cuanto a la forma de apreciar dichos poderes genéricos a la luz del juez como director del proceso, es preciso concebir al juez como **autoridad**. “No se trata de aumentar legislativamente los poderes del juez, sino de concebir al juez como autoridad...; no se trata de conceder al juez mayores facultades, que puede o no utilizar a su libre arbitrio y sin que nadie le pueda por su carácter simplemente potestativo, exigir que las realice, sino de atribuirle poderes-deberes que el juez está constreñido a realizar independientemente de la rogación de las partes”.²⁹⁰ Jueces conscientes del goce de esta plenitud de potestades, regladas como genéricas, evidencian “un acto interno de conciencia (...) que exige cierta dosis de valentía inherente al rol que las ha tocado cumplir en esta sociedad tan necesitada de cambios y remedios urgentes”.²⁹¹

4.3. Principales manifestaciones de las potestades normativas instrumentales²⁹² del juez del trabajo.

Nos referiremos aquí a ciertas manifestaciones de las potestades jurisdiccionales que posee el juez del Trabajo en el procedimiento, bajo la óptica de la concepción publicista. Si bien el sistema claramente se ha inclinado por otorgar en forma expresa amplias potestades instrumentales al órgano jurisdiccional, evidenciando el mayor grado de especialización por diferenciación funcional que ha operado en la reciente reforma procesal laboral, entendemos que el juez laboral goza de todas aquellas facultades que resulten necesarias para el cumplimiento de la función jurisdiccional. Al entender la jurisdicción como una función pública que constituye un

²⁹⁰ DÍAZ, Clemente Cit. Íd. p217.

²⁹¹ SIMONS, A. Op. cit. p226.

²⁹² Adoptamos el esquema propuesto por SIMONS. Íd. p219ss.

poder-deber, el juez se encuentra en la necesidad jurídica de hacer uso de todas aquellas potestades que le permitan cumplir plenamente con su función.

4.3.1. Actividad probatoria de oficio.

Las potestades oficiosas tienen que ver con las relativas al manejo del iter procesal. Estas potestades pueden ser de simple dirección del iter procesal (poderes procedimentales que tienen que ver con el desarrollo de lo que es el proceso en sí mismo), o bien poderes materiales en el proceso: básicamente la aportación de pruebas de oficio. La actividad oficiosa probatoria resulta ser una manifestación cierta del rol activo del juez del Trabajo, fundada en la necesidad de asegurar la igualdad procesal en concreto de la partes.

Con respecto a la facultad de aportar pruebas de oficio se ha discutido por parte de la doctrina que ello afecta la imparcialidad del juez, por cuanto, se le privaría de su calidad de tercero ajeno a los intereses de la litis, produciéndose un prejuzgamiento en beneficio del demandante ya que este tipo de facultades son de las que sirven para determinar el contenido de la sentencia. Otra doctrina, que creemos acertada, en cambio afirma que el juez puede tener iniciativa probatoria siempre que se respeten algunos límites y que esta oficiosidad no atenta a la imparcialidad del juez, así “no ha de confundirse la imparcialidad del juez, que es una exigencia imbricada en la esencia misma de la jurisdicción, con la neutralidad. En el campo de las pruebas, la pretendida neutralidad del juez no es necesariamente una consecuencia del poder dispositivo de las partes acerca del objeto del juicio, puesto que los poderes reconocidos al órgano para el esclarecimiento de la verdad de los hechos en controversia operan siempre dentro del marco de las alegaciones de las partes. De ahí que tales atribuciones (...) se insertan en la *técnica* procesal como un fenómeno *interno* con relación al proceso y preordenado para la mejor realización de sus fines. Los poderes instructorios son así *inherentes a la función jurisdiccional*”.²⁹³

²⁹³ BERIZONCE, R. Op. cit. p71.

Por otro lado, en el cumplimiento de la función jurisdiccional el juez debe conocer a fin de establecer los hechos.²⁹⁴ Por tanto “cuando el órgano judicial toma la iniciativa de esclarecer un hecho, no está “sustituyendo” a nadie, sino muy sencillamente cumpliendo su propia tarea o, mejor dicho, su parte en una tarea común, desde que el proceso es una obra de colaboración”.²⁹⁵ Por ello el rol activo del órgano judicial respecto a las pruebas resulta compatible con la debida imparcialidad. “Cuando el juez determina la realización de una prueba, difícilmente puede prever con seguridad a cuál de los litigantes será favorable el éxito de la diligencia. El beneficio lo recogerá probablemente el más veraz, y ese no es un suceso indeseable desde el punto de vista de la justicia: el proceso se hace para dar razón a quien la tenga. Al más imparcial de los jueces no le es ni le puede ser indiferente, en cierto sentido, el desenlace del pleito; su “neutralidad” no le impide querer que su sentencia sea justa, es decir, que la victoria sonría al litigante que la merezca”.²⁹⁶ Por último la necesidad de decidir (el juez debe juzgar) justifica plenamente la atribución de estos poderes de oficio; si las partes no logran generar certeza en el juzgador, el juez no puede quedarse tranquilo y abstenerse de resolver, necesita las herramientas normativas para alcanzar un mejor conocimiento de los hechos.

4.3.1.1. Poderes probatorios del juez en atención a sujetos procesales débiles.

La desigualdad de planos presente en el conflicto laboral, se manifiesta en el proceso claramente en materia probatoria. Dada la condición de disparidad en que se encuentran las partes en la relación jurídica laboral, el legislador al extrapolarla al ámbito propiamente procesal, estima al trabajador en una posición de debilidad probatoria que le dificulta la obtención de suficientes medios de prueba para el logro de sus pretensiones y, correlativamente, considera el mayor control sobre los mismos por parte del empleador, quien por su condición disfruta de mayor proximidad a las fuentes de prueba. De esta manera, por regla general, el trabajador será

²⁹⁴ El juez tiene un compromiso con la verdad y la justicia, por ello los jueces “hacen algo más que dirimir conflictos. Los jueces reconstruyen hechos históricos a fin de que puedan concretarse los mandatos jurídicos abstractos y generales”. BORDALI, A. Op. cit. p194.

²⁹⁵ BERIZONCE, R. Op. cit. p73.

²⁹⁶ BARBOSA MOREIRA, José. Cit. Íd. p72.

“una parte “débil” en cuanto no esté capacitada para realizar un uso efectivo de sus derechos procesales y, en particular, de su derecho a la prueba. En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes el desequilibrio de las posiciones procesales de éstas puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, así como imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo mismo, la corrección de la decisión final. De este modo, con estos sistemas se corre el peligro de que la verdad sea determinada por el poder de la parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante”.²⁹⁷

Por ello, en los juicios del trabajo toca al juez ejercer facultades indagatorias, aportando otros elementos que permitan comprobar los hechos y formar convicción. ”Es más probable que, las más de las veces, el ejercicio de poderes de tal género por el órgano judicial termine por beneficiar al litigante más carente. El motivo es obvio: a las personas menos acaudaladas, por regla general, les es más difícil proveerse de pruebas y utilizar los servicios de un abogado hábil, capaz de sacar de ellas el mayor provecho. Por consiguiente, la contribución del juez se hace ahí especialmente relevante, si la diligencia probatoria les resulta favorable (...). El uso ex officio de poderes de instrucción por el juez no desequilibra la balanza de la justicia; al contrario, puede concurrir, y con frecuencia concurre, para reequilibrarla”.²⁹⁸

4.3.1.1.1. Necesidad de límites a la actividad probatoria de oficio.

Si el juez del Trabajo tiene iniciativa probatoria, a objeto de respetar la exigencia de imparcialidad, se hace necesario establecer límites. En el establecimiento de los hechos, el juez no actúa como un tercero parcial cuando ejerce la potestad probatoria de oficio, ya que sólo está cumpliendo con la función que el sistema le ha asignado. Por otro lado la atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco lo convierte en un juez autoritario, “siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso por lo que se protege el principio dispositivo, a las fuentes

²⁹⁷ BORDALI, A. Op. cit. p197.

²⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La significación social de las reformas procesales. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. y PALOMO VELEZ., Diego. (Coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 2007. pp79-91. p90.

probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial-, y se permita ejercer el derecho de defensa a los litigantes”.²⁹⁹ En este último punto, para no vulnerar el derecho de defensa de las partes, el juez debe permitir a éstas “a) Controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; b) Participar en su realización; c) Producir contraprueba; d) Discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión”,³⁰⁰ además de entregar la adecuada fundamentación de la decisión que ordena la prueba. Con estas consideraciones podría despejarse el eventual riesgo de parcialidad en la actuación del órgano.

En otra perspectiva, el ejercicio de la potestad probatoria de oficio encuentra un límite en relación no tanto con las partes involucradas sino con el desempeño mismo de la función del juez. Resulta evidente que por más probanzas que el juez del trabajo esté facultado a ordenar, se requiere de seriedad en su producción, en el sentido de que aquéllas sean efectivamente susceptibles de llevarse a cabo, puesto que nada se logra con ordenar prueba que después no se harán. Sin embargo, valga tener presente que “tampoco hay demasiada necesidad, en esta materia, de exhortaciones a la cautela y a la moderación. Los jueces no suelen pecar aquí por excesos, sino por defecto. El verdadero peligro no es el de la exageración: es el de la inercia judicial”.³⁰¹

4.3.1.1.2. Prueba indiciaria: aumentada diferenciación funcional a la tutela de sujetos procesales débiles.

²⁹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. Cit. SIMONS, A. Op, Cit. p221. En otras palabras, “tales poderes no afectan per se al principio dispositivo y al derecho a un debido proceso. Si se mantiene firme el principio *nemo iudex sine actore*, la aportación exclusiva de los hechos por las partes al proceso y el pleno respeto del derecho de defensa de los justiciables, esos poderes probatorios en cabeza del juez pueden ser considerados legítimos. Todo dependerá en definitiva de cómo se los regule y los límites que tengan”. BORDALI, A. Op. cit. p180.

³⁰⁰ BORDALI, A. Op. cit. p195.

³⁰¹ BERIZONCE, R. Op. cit. p73.

El procedimiento de tutela laboral, presenta una peculiaridad en materia probatoria que lo distingue del procedimiento de aplicación general, que si bien propiamente no forma parte de la actividad oficiosa del juez del Trabajo, representa una interesante evidencia de cómo el sistema procedimental se diferencia aún más, esta vez en función de la dispar calidad procesal de los sujetos y expectativas normativas involucradas. Resulta importante recalcar, que este particular modelo procesal de protección laboral, se propone el amparo de derechos considerados de la mayor relevancia social, a tal grado que gozan de rango constitucional, y por lo tanto habilitan al legislador a establecer reglas especiales de procedimiento, v. gr. de distribución de carga probatoria, en atención al bien jurídico envuelto en la especie.

Se contempla un estándar probatorio particular. Es el llamado sistema o técnica probatoria de los *indicios* o *prueba indiciaria* “definida como la que permite reconstruir los hechos sólo parcialmente y que, por este motivo, para completar la verdad de lo ocurrido es necesario recurrir al razonamiento deductivo. En el derecho del Trabajo es un tanto distinto, ya que se habla de prueba indiciaria como un aligeramiento o desplazamiento probatorio del demandante trabajador al demandante empleador (...). En general, en materia laboral, los sistemas procesales han tendido a reconocer que el trabajador no cuenta con una prueba tan completa que permita eliminar todas las dudas, bastando al tribunal un estándar menor, a saber, la sola comprobación de la verosimilitud”.³⁰²

La técnica del indicio es una forma de presunción,³⁰³ que establece una situación más favorable para el denunciante, en tanto le reduce o aligera la carga probatoria, sin llegar a liberarlo de la obligación de probar sus dichos.³⁰⁴ De este modo la víctima o denunciante con los

³⁰² GAMONAL C., Sergio. Prueba Indiciaria en el Nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Revista Laboral Chilena (171): 78-81, nov. 2008. p78.

³⁰³ “Se trata, en rigor, de una técnica más débil: hay una alteración del objeto de la prueba (*thema probandi*), en que la víctima o denunciante no está completamente liberado de prueba: debe acreditar al menos la existencia de *indicios suficientes* de la existencia de la conducta lesiva, para que en ese caso, y sólo en ese caso, se traslade al demandado el deber de probar que su conducta se debió a motivos objetivos y razonables”. UGARTE, J. *El Nuevo Derecho...* Op. cit. p158-159.

³⁰⁴ “Para efectos laborales y al tenor de las reglas de la sana crítica, consideraremos los siguientes parámetros de indicios para el procedimiento de tutela chileno: (a) Número (dos o mas); (b) Concordancias (deben coincidir en una misma dirección); (c) Plausibilidad (que los hechos de cada indicio se encuentren acreditados fehacientemente) y (d) Coherencia (que las inferencias sean racionales y se

antecedentes indiciarios que aporte no debe probar ningún hecho en particular, si no más concretamente, tales indicios deben ser suficientes, deben procurar generar en el juez una sospecha razonable de la existencia de la conducta lesiva por parte del denunciado. En tal caso, al denunciado no se le exige probar la “no existencia” del acto lesivo, dado que aquello implicaría cargarlo con el deber de probar un hecho negativo.³⁰⁵ “En rigor el objeto de la prueba del empleador no es, como podría pensarse a primera vista, acreditar que su conducta no tenía como dirección la lesión de los derechos fundamentales del trabajador – lo que importaría, como ha señalado la jurisprudencia comparada, la prueba diabólica de un hecho negativo-, sino que una cosa distinta: debe aportar elementos de prueba que le permitan justificar ante el juez laboral que su conducta obedece a motivos razonables, destruyendo de paso las sospechas que sobre ella recae”.³⁰⁶

4.3.1.2. Potestades oficiosas en la prueba. Peculiaridades en el procedimiento laboral.

Sin perjuicio de las discusiones doctrinarias sobre la procedencia de esta facultad oficiosa en materia civil (por oposición a penal), directamente vinculadas a la idea sobre la función que cumple la jurisdicción en un Estado de Derecho,³⁰⁷ lo cierto es que “la realidad de las reglas procesales (...) consienten, en mayor o menor grado, que el material probatorio

correspondan con los dictados del buen sentido y de la lógica”. GAMONAL, S. *Prueba Indiciaria en el Nuevo...* Op. cit. p81.

³⁰⁵ “¿Qué podrá probar el empleador? Lo siguiente: (a) La falsedad de los hechos constitutivos de indicio, o (b) La justificación de su actuación al tenor del Art. 485: i) La existencia de una justificación que sea suficiente; ii) Que la medida que limita no es arbitraria o desproporcionada; iii) Que no se ha afectado el contenido esencial del derecho; iv) Que no se trate de una represalia”. Ib.

³⁰⁶ UGARTE, J. *El Nuevo Derecho...* Op. cit. p160.

³⁰⁷ La discusión se enmarca en las potestades materiales del juez en el proceso, centrada en si el juez civil puede aportar medios probatorios. Una parte de la doctrina señala que ello atentaría al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva ya que ésta supone un juez imparcial, mientras que otra señala que el juez puede tener iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso, a las fuentes que ya constan en la causa, y que se permita el ejercer el derecho a la defensa de los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas. AMPUERO H., Iván. Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia [en línea] <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n1/art09.pdf>> [consulta: 17 marzo 2009]. p209.

incorporado al proceso por los litigantes sea complementado o integrado por propia iniciativa del órgano judicial”,³⁰⁸ y el procedimiento laboral chileno no es la excepción.

El mensaje del proyecto de ley para la modificación del procedimiento laboral, expone entre los principios formativos que informarán este nuevo procedimiento el de *impulso procesal de oficio* señalando al respecto que “en cuanto al impulso procesal de oficio, se prescribe, entre otras materias, que el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias aún cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquéllas que considere inconducentes. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable en consecuencia la figura del abandono del procedimiento”³⁰⁹.

Cuando hablamos de actividad probatoria de oficio, nos estamos refiriendo a la facultad asignada al tribunal para la iniciativa en la aportación y producción de elementos de prueba durante la secuela del juicio, “supliendo la imposibilidad y aun la inactividad probatoria de los interesados”³¹⁰. En particular, el legislador chileno ha otorgado en forma expresa esta facultad al juez laboral, inserto en el impulso procesal de oficio, en términos de que “el tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes” (art. 429, inc. 1º, Código del Trabajo), así, en la audiencia preparatoria “el juez de la causa podrá decretar diligencias probatorias, las que deberán llevarse a cabo en la audiencia de juicio” (art. 453, nº 9, Código del Trabajo). El legislador de esta manera asigna esta iniciativa probatoria en forma amplia, sin delimitar los medios de prueba que el juez puede aportar al juicio, por lo que a fin de lograr un necesario esclarecimiento de los hechos puede aportar al proceso cualquiera de los medios de prueba admisibles que le permita formar convicción. En este sentido podemos hablar de que existe en el procedimiento una concepción fuerte de los poderes probatorios del juez del trabajo.³¹¹

³⁰⁸ Íd. p210.

³⁰⁹ HISTORIA DE LA LEY Nº 20.087. Op. cit. p14.

³¹⁰ MONTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p781.

³¹¹ La concepción débil de los poderes probatorios del juez dice relación con que el juez sólo puede allegar pruebas en relación con las fuentes probatorias que ya consten en el proceso. En cambio en la concepción

4.3.2. El poder general de cautela.

El poder general de cautela se enmarca en la denominada tutela provisional. Una de las manifestaciones de la tutela provisional son las medidas cautelares, cuyo fundamento se encuentra en el hecho de que el ejercicio de la actividad jurisdiccional requiere de un desarrollo en el tiempo a través del debido proceso (que por tanto nunca es inmediato) y para asegurar “que una vez dictada la sentencia definitiva no se torne ineficaz por la imposibilidad de ser satisfecha, en caso de que se oculten bienes que conformen el patrimonio no teniendo donde ser ejecutada, o que el daño se vuelva irrecuperable si no se otorga una tutela anticipada durante el curso del proceso, es que se han establecido las medidas cautelares”.³¹² De esta manera se pretende garantizar la eficacia de la tutela definitiva, contenida en la sentencia, en aquellos casos en que exista peligro de daño jurídico (derivado de la demora en la tutela definitiva) unido a la urgencia en su dictación, esto es *periculum in mora* y, además se haya acreditado en el proceso que la pretensión invocada goza de verosimilitud (*fumus boni iuris*).

Resulta frecuente en materia laboral, que las pretensiones reclamadas por la parte trabajadora tengan en los hechos real fundamento y con la adecuada defensa además tengan grandes posibilidades de obtener una decisión favorable del tribunal. Sin embargo, después de aguardar el tiempo requerido para el desarrollo del juicio, también es frecuente que ya con la sentencia favorable firme en mano, no sea posible ejecutarla por no existir bienes (tratándose de sentencias con contenido pecuniario) en cantidad suficiente en los cuales hacer efectiva esa tutela definitiva, o bien porque el demandado (muchas veces persona jurídica) en el tiempo intermedio simplemente se esfumó. Así se ve afectada la posibilidad práctica de ejecutar la sentencia por el riesgo de insolvencia del demandado. He ahí justamente “la razón de existencia de las medidas cautelares: evitar la existencia de las sentencias “de papel”, esto es, sentencias definitivas que son favorables al demandante, pero que no se pueden cumplir por haberse

amplia o fuerte, el juez está facultado para introducir el medio de prueba que le parezca más adecuado para formar convicción sobre la verdad de los hechos afirmados por las partes.

³¹² MATURANA M, Cristián. Las medidas cautelares (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2007. p33.

realizado por el demandado durante el curso del procedimiento conductas destinadas a impedir su efectivo cumplimiento”.³¹³

Creemos que el poder general de cautela es “una clara manifestación del poder-deber genérico del cual goza todo juez, por el solo hecho de ejercer función jurisdiccional”³¹⁴, en la medida que hace posible la ejecución de lo resuelto por el tribunal, y con ello el ejercicio de la jurisdicción en términos materiales y no meramente formales. Así, esta potestad dice relación con las denominadas providencias cautelares innominadas que “consisten en reconocer al juez fuera de las providencias cautelares que regula el legislador, un poder cautelar general en virtud del cual el juez pueda siempre, cuando se manifieste la posibilidad de un daño derivado del retardo de una providencia principal, proveer en vía preventiva a eliminar el peligro en la forma y con los medios que considere oportuno y apropiados al caso”.³¹⁵ Esta potestad tiene un carácter “subsidiario” en el sentido de que “completa el sistema de medidas cautelares, pero no absorbe a las demás ya establecidas (...) sólo puede ser operado para los supuestos no contemplados, tipificados o previstos expresamente”.³¹⁶

4.3.2.1. Peculiaridad del poder de cautela en el procedimiento laboral.

El procedimiento laboral en sus reglas comunes, particularmente en el artículo 444 del Código del Trabajo asigna expresamente al juez una “función cautelar”, y en ejercicio de ésta “...decretará todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización

³¹³ Íd. p58.

³¹⁴ SIMONS, A. Op. cit. p221. No obstante reconocemos la discusión doctrinaria sobre su existencia. Así, la doctrina que la acoge encabezada por Chiovenda señala que en las legislaciones en que no hay una regulación general debe considerarse implícitamente existente la figura general de la providencia cautelar dejándose completamente al juez el poder de establecer su oportunidad y naturaleza. MATURANA, C. *Las medidas...* Op. cit. p32.

³¹⁵ MATURANA, C. *Las medidas...* Op. cit. p32.

³¹⁶ SIMONS, A. Op. cit. p221.

de su patrimonio en términos suficiente para garantizar el monto de lo demandado” (art. 444, inc. 1º, Código del Trabajo). Estas medidas podrán disponerse “en cualquier estado de tramitación de la causa aun cuando no esté contestada la demanda o incluso antes de su presentación, como prejudiciales” y la parte solicitante “deberá siempre acreditar razonablemente el fundamento y la necesidad del derecho que se reclama” (art. 444, inc. 4º, Código del Trabajo).

Respecto a esta función cautelar se regulan ciertos aspectos de su ejercicio, sin embargo no establece o especifica cuáles son esas medidas cautelares, salvo: i.- en cuanto dispone que una vez notificada la demanda, la facultad cautelar del juez comprenderá la de requerir la información de organismos públicos, empresas u otras personas jurídicas o naturales, sobre cualquier antecedente que a criterio del juez contribuya al objeto perseguido (art. 444, inc. final, Código del Trabajo) y, ii.- en el procedimiento ejecutivo en que se atribuye particularmente al juez, iniciada la ejecución, la facultad cautelar de ordenar, de oficio o a petición de parte, a la Tesorería General de la República retener de las sumas que por concepto de devolución de impuestos a la renta corresponda restituir al ejecutado, el monto objeto de la ejecución, con sus reajustes, intereses y multas (art. 467, Código del Trabajo).

En consecuencia, hay dos medidas cautelares nominadas, esto es, que se encuentran expresamente previstas por parte del legislador en el procedimiento laboral, y en ejercicio del poder general de cautela (que aquí encuentra claro apoyo normativo al consagrarse en los términos señalados, la “función cautelar”) el juez laboral puede, aun antes de que se presente la demanda, dictar todas las medidas cautelares innominadas que *estime necesarias*. Así por ejemplo la parte trabajadora podría solicitar como medida cautelar prejudicial, el embargo de bienes del demandado (conocido como embargo preventivo en el proceso laboral español, que al igual que la práctica anticipada de pruebas es una de las medidas cautelares nominadas). El ejercicio de esta potestad requiere de las partes un esfuerzo creativo en orden a imaginar y determinar la más adecuada medida cautelar, en orden a que efectivamente asegure la eficacia de la decisión definitiva que se vaya a dictar en el proceso, cuya necesidad queda al juez ponderar.

4.3.3. La proscripción del abuso procesal.

El principio de buena fe o probidad en el actuar de las partes en litigio se relaciona con la rectitud y lealtad en la práctica forense. Se trata de un imperativo para el órgano jurisdiccional, las partes litigantes y terceros. Sin embargo, los intervinientes en el proceso pueden irrespetar este principio a través del ejercicio abusivo de los derechos procedimentales. En tal caso, y desde una concepción publicista del proceso “el juez no debe estar impasible frente al ejercicio abusivo de los derechos procesales (...) el que puede manifestarse desde el propio ejercicio del derecho de acción hasta el ejercicio abusivo del derecho de contradicción y de defensa...”³¹⁷, aun cuando no se le haya asignado expresamente en el procedimiento la función de repeler esos comportamientos distorsionantes, puesto que es necesaria a la realización de la función jurisdiccional.

“En el caso del ejercicio abusivo del derecho de acción (ejemplos: demandas frívolas, demandas principistas, demandas que carecen de relevancia jurídica, postulación de medidas cautelares innecesarias o maliciosas), el juez puede ejercer su poder jurisdiccional para expedir un auto de rechazo *in limine* de la demanda y así evitar, desde el principio, actividad procesal absurda o perjudicial”.³¹⁸ El juez laboral podría, en aras del cumplimiento de su función jurisdiccional, adoptar alguna de dichas medida u otras, ya que sobre esta primera manifestación de abuso de los derechos procesales, el legislador no se pronunció expresamente. Sin perjuicio de lo anterior, por la aplicación supletoria de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil que prescribe el artículo 432 del Código del Trabajo, puede tenerse como una medida específica la sanción referida a las medidas prejudiciales precautorias que no se mantienen como judiciales.³¹⁹

Respecto al abuso en el ejercicio del derecho de defensa, éste puede adoptar diferentes formas como “recusaciones maliciosas, articulaciones de incidencias insustanciales, permanente

³¹⁷ Íd. p222.

³¹⁸ Ib.

³¹⁹ Las medidas precautorias cuando se piden como prejudiciales, “aceptada la solicitud (...) deberá el solicitante presentar su demanda en el término de 10 días y pedir que se mantengan las medidas decretadas (...). Si no se deduce demanda oportunamente, o no se pide en ella que continúen en vigor las medidas precautorias decretadas o al resolver sobre esta petición el tribunal no mantiene dichas medidas, por este solo hecho quedará responsable el que las haya solicitado de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento” (Art. 280 Código de Procedimiento Civil).

impugnación a las decisiones jurisdiccionales, ofrecimiento de abundante prueba inútil y de difícil actuación. Es decir, que alguna de las partes, a través del ejercicio irregular de algún derecho procesal, pretenda entorpecer el normal desarrollo del proceso, impidiendo constantemente que el juez pueda continuar con el iter procesal³²⁰. En este aspecto, dentro de los principios formativos del procedimiento laboral se contempla la buena fe en la ejecución de los actos procesales, la que se manifiesta en deberes que se le imponen al órgano para evitar abusos en el ejercicio de derechos procedimentales. Así, el artículo 430 del Código del Trabajo, señala que “los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe”, y faculta al juez para la adopción de “las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del Derecho y las actuaciones dilatorias. Pudiendo el juez rechazar de plano aquellas actuaciones que considere dilatorias”, entendiéndose por tales, aquellas intentadas por las partes que tengan por único objeto demorar la prosecución del juicio. Además en relación al impulso procesal de oficio se encuentra obligado a adoptar las medidas tendientes a evitar la prolongación indebida del proceso. (art. 429, inc. 1º, Código del Trabajo).

El sistema asigna al juez del trabajo expresamente la facultad correctiva respecto a actitudes contrarias a la buena fe en el proceso, y la obligación de evitar la prolongación indebida del mismo. Sin embargo, no se especifican cuáles son los mecanismos con que cuenta el juez sino sólo se hace referencia a “medidas necesarias”, por lo que el juez en el ejercicio de la función jurisdiccional podría emplear una amplia gama de medidas a fin de evitar “el fraude, la colusión, el abuso del Derecho y las actuaciones dilatorias”. Así, el juez podría actuar de diversas maneras, por ejemplo “i) sancionando al litigante malicioso y prohibiendo la continuación del accionar abusivo; ii) apreciando la conducta maliciosa al momento de resolver la controversia, y iii) atendiendo pretensiones indemnizatorias por los daños ocasionados por el actuar abusivo o malicioso³²¹. Sin perjuicio de la observación anterior, el ofrecimiento de abundante prueba inútil y de difícil actuación por parte de los litigantes, constituye una clara manifestación de abuso en el ejercicio de los derechos en la defensa, y en el procedimiento se ha asignado al juez del trabajo algunas facultades con sanción específica en las que se advierte de

³²⁰ SIMONS, A. Op. cit. p222.

³²¹ Íd. p222-223.

alguna manera el interés por el respeto a la buena fe procesal, unida a la celeridad del proceso mediante la negativa a probanzas con carácter dilatorio³²².

4.3.4. Los medios compulsorios y los poderes de ejecución respecto de las decisiones judiciales.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene como una de sus manifestaciones más importantes la plena ejecución de las decisiones judiciales, y “para nadie es desconocida la actual crisis que viven nuestras sociedades latinoamericanas en general, en materia de confianza en el sistema judicial; crisis que se ve agudizada cuando las resoluciones que emiten los jueces y tribunales se ven burladas por actos que pueden implicar la negativa injustificada, el fraude o la simulación de la parte que está obligada al cumplimiento”³²³. En el ámbito del Derecho del Trabajo, el lograr la ejecución de las sentencias definitivas para el trabajador es de suma importancia, toda vez que tratándose de sentencias con contenido patrimonial éstas se encuentran revestidas de un carácter asistencial.

En este sentido el mensaje del proyecto de ley que modificó el procedimiento laboral tuvo presente que “la efectividad de los derechos laborales no sólo ha de suponer el reconocimiento y protección jurisdiccional de los mismos sino que también, a modo de complemento ineludible, **asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales**, sean ellos declarados por el órgano judicial o establecidos en títulos a los cuales la ley les asigna

³²² En particular se manifiesta en: i.- resolver fundadamente en la audiencia preparatoria “sobre la pertinencia de la prueba ofrecida”, admitiendo sólo aquellas “que tenga relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesaria para su resolución”, careciendo de todo valor aquella obtenida por medios ilícitos o mediante actos que hayan conculcado derechos fundamentales (Art. 453, n° 4, Código del Trabajo); ii.- la solicitud de oficios, pues sólo dará lugar, cuando considere que aquella tenga por objeto requerir información objetiva, pertinente y específica sobre hechos materia del juicio (Art. 453, n° 8, inc. 6°, Código del Trabajo); iii.- la prueba testimonial: el tribunal está facultado para, “reducir el número de testigos de cada parte, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos (Art. 454, n° 5, inc. 3°, Código del Trabajo); iv.- la prueba confesional: por igual razón podrá reducir el número de quienes habrán de comparecer cuando sean varios los demandantes y se solicite la confesión de muchos o todos ellos (Art. 454, n° 3, inc. final, Código del Trabajo).

³²³ SIMONS, A. Op. cit. p223.

mérito ejecutivo” y en este sentido se busca “optimizar y agilizar los procedimientos de cobro de las obligaciones laborales, poniendo énfasis en el impulso procesal de oficio del juez en orden a llevar a adelante el procedimiento ejecutivo. A ello debe sumarse, el fortalecimiento de la especialización en la cobranza con la creación de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional...”³²⁴. Pues bien, el legislador en materia laboral estableció dos procedimientos de ejecución: uno para el cumplimiento de sentencias condenatorias laborales, y otro para la ejecución de otros títulos laborales distintos a la sentencia ejecutoriada.

Ahora bien, la ejecución de las resoluciones judiciales forma parte del ejercicio de la jurisdicción. Si no se cumple la sentencia entonces no hay propiamente ejercicio de jurisdicción. Más allá de la especialización producida en el sistema para la ejecución de las resoluciones laborales, es preciso tener presente que “el tema de los poderes jurisdiccionales de ejecución está asociado a la utilización de los medios capaces de tornar eficaces las decisiones emanadas. Es inconcebible un Poder Judicial destinado a la solución de conflictos, que no tenga el poder real de hacer valer sus decisiones o mandatos. Ninguna utilidad tendrían las decisiones sin cumplimiento o efectividad. El negar instrumentos de fuerza al Poder Judicial es lo mismo que negar su propia existencia”³²⁵, ya se trate de poderes expresos o no. Así por ejemplo, en el procedimiento de tutela laboral el juez se encuentra expresamente facultado para aplicar multas en caso de que no se cumpla con su resolución de suspender los efectos del acto impugnado, pudiendo repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada (Art. 492 Código del Trabajo).

5. El Recurso de Unificación de Jurisprudencia como expresión de una particularísima observación de segundo orden.

Los tribunales en ejercicio de las potestades normativas jurisdiccionales dictan resoluciones judiciales, la cuales contienen una determinada interpretación del Derecho. A través

³²⁴ HISTORIA DE LA LEY N° 20.087. Op. cit. p10-11.

³²⁵ SIMONS, A. Op. cit. p224.

de la interpretación realizan una observación de segundo orden, esto es de las decisiones jurídicas, en la forma de leyes, contratos y también de las propias decisiones judiciales. En este sentido, nos interesa una especial observación de segundo orden: la que se realiza a través de la sentencia que resuelve el Recurso de Unificación de Jurisprudencia, consagrado en el ordenamiento laboral. La interpretación judicial, sabemos, sólo tiene fuerza obligatoria relativa al litigio que resuelve, conforme lo ordena el principio contenido en el artículo 3 del Código Civil, referente al efecto relativo de las sentencias. Es cierto entonces que las decisiones adoptadas por el tribunal, en nada determinarán las opciones que otros tribunales realicen, ni siquiera obliga al mismo tribunal, a que, en casos posteriores similares, se incline por una decisión en el mismo sentido, detentando facultades suficientes para interpretar y decidir en sentido diverso en lo futuro. Sin embargo, podemos ver en la práctica que cuando el máximo Tribunal del sistema interpreta y aplica una determinada norma en un mismo sentido, para casos análogos, los tribunales inferiores tienden a seguir esta interpretación.

5.1. La diferenciación funcional del Recurso.

Hemos dicho que asignamos a la jurisprudencia un rol de suma relevancia en el sistema de Derecho del Trabajo (cuyo estudio se reserva al capítulo VI) y pensamos que la jurisprudencia emanada del Recurso de Unificación de Jurisprudencia (arts. 483, 483-A, 483-B, 483-C, Código del Trabajo) representa una forma altamente especializada de la interpretación de esta rama jurídica, así como del ejercicio de la potestad normativa en sentido estricto en el ámbito laboral.

El principio que subyace a este recurso, así como al de casación en el fondo en materia civil, es la efectiva protección de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, y en consecuencia una correcta aplicación de la misma, para lo cual resulta imprescindible un unitario criterio jurisprudencial. Aun cuando podemos ver en nuestra realidad judicial, que los tribunales inferiores prefieren (no estando obligados a ello) decidir en un sentido similar al que han decidido sus superiores jerárquicos, es constatable en los hechos casos en los cuales esta tendencia no se presenta, generándose una irregular disparidad jurisprudencial en el acto de

interpretación. De esta manera, este recurso tiene por objeto homogenizar los criterios de aplicación e interpretación³²⁶ de los fallos emanados de los tribunales superiores de justicia en materia laboral y con ello evitar la dispersión en la interpretación del Derecho del Trabajo. El artículo 483 del Código del Trabajo lo establece como un recurso de carácter excepcional u extraordinario, procediendo sólo respecto de sentencias que fallen un recurso de nulidad, y que pretendan la determinación de un criterio único en la jurisprudencia que se invoca.

5.2. El recurso en experiencias comparadas.

En Derecho comparado este recurso existe desde hace varios años, y por lo tanto, la doctrina extranjera nos ayuda bastante al definir sus lineamientos, dado que en el medio nacional, poco se conoce en razón de lo novedoso que aún resulta el tema. En España, nace por la necesidad propia de la estructura orgánica laboral, “consecuencia posible de la existencia de una multiplicidad de Salas en lo Social de Tribunales Superiores de Justicia es, evidentemente, la existencia de una diversidad de doctrinas jurisprudenciales de ellas emanadas, que pueden dar lugar a contradicciones”. Para remediar este inconveniente (que no existía cuando los recursos de suplicación eran resueltos por un solo órgano judicial, de ámbito nacional) se instituyó el recurso de casación para la unificación de la doctrina, que tiene por objeto “alcanzar la unidad de doctrina en aquellos casos en que existiera contradicción, fuera entre sentencias dictadas en suplicación por una misma sala de TSJ, fuera entre sentencias de suplicación de distintas Salas de lo Social, fuera entre sentencias de una sala de TSJ y del TS... siempre que las sentencias contradictorias afectasen a los mismos litigantes (u otros en idéntica situación), y versaran sobre hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, pese a lo cual los pronunciamientos recaídos fueran distintos...”³²⁷

En dicho sistema se asigna el conocimiento y su resolución a la sala especializada del Supremo Tribunal en lo Social. La sentencia resuelve el recurso (al igual que aquella que dicte la

³²⁶ VALVERDE, M., RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., GARCIA, J. Op. cit. p854.

³²⁷ MONTOYA, A. *Derecho del...* Op. cit. p807-808.

Corte Suprema en nuestro Recurso de Unificación de Jurisprudencia), en caso de concluir que hay quebrantamiento de unidad de doctrina jurisprudencial, “casará y anulará la sentencia impugnada, afectando este pronunciamiento a las situaciones jurídicas concretas creadas por la sentencia anulada (Art. 226.2 LPL); lógicamente, la anulación de la sentencia recurrida no implicará la alteración de las situaciones jurídicas creadas por sentencias precedentes (y análogas) a la anulada (Art. 226.1LPL)”.³²⁸

En Alemania, existe el Recurso de Revisión para la Unificación de Jurisprudencia en materia laboral. Básicamente la finalidad del recurso, es la misma, evitar la disparidad de interpretación del Derecho del Trabajo, y “como su denominación indica, la unificación de toda la jurisprudencia laboral en cada uno de los *länder* de toda Alemania. Por eso, la segunda instancia tiene que admitir la revisión para la unificación de jurisprudencia si su sentencia contradice la jurisdicción de otro tribunal relevante, ya sea del Supremo Laboral, o del “Gran Senado”, o del Tribunal Constitucional, ya sea de otro tribunal laboral de segunda instancia, en caso de que todavía no haya habido sentencia del Supremo Laboral sobre este tema. También se abre revisión para la unificación de jurisprudencia si se tratará de un caso de importancia general”.³²⁹⁻³³⁰

5.3. La sala especializada: diferenciación del órgano competente.

³²⁸ Íd. p808.

³²⁹ TOPF, Henning. El Proceso Laboral en Alemania. Legislación y Jurisprudencia de la ejecución laboral en el Derecho Alemán [en línea] <<http://www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=886>> [consulta: 16 febrero 2009].

³³⁰ Se observa en el modelo alemán en materia laboral, un alto grado de diferenciación. “En el proceso laboral hay tres instancias: Los juzgados de primera instancia, los llamados juzgados laborales, son los únicos que conocen las demandas laborales. Los juzgados de segunda instancia de cada *land* conocen los recursos contra las decisiones de la primera instancia. Y el Supremo conoce los recursos de unificación de jurisprudencia a nivel federal contra las decisiones de segunda instancia de cada *land*. Hay unificación de jurisprudencia también a nivel del mismo Supremo Laboral, o sea, si una sala del Supremo Laboral no quiere seguir la jurisprudencia de otra sala de este Supremo, tiene que pedir antes la decisión de una sala común, que se denomina “Gran Senado”. Sus sentencias vinculan todas las salas del Supremo Laboral. De la misma forma también hay esta unificación de jurisprudencia entre el Supremo Laboral y los demás Supremos, a través de un Gran Senado común donde están representados todos los Supremos.” Ib.

En nuestro país el recurso es conocido por la sala especializada de la Corte Suprema, según lo dispone la propia ley. Al respecto THAYER nos señala las aprehensiones que la norma en cuestión le convoca, “como bien lo recuerda la Exma. Corte Suprema al informar la reforma de la ley 20.078, esta función de unificar la jurisprudencia la cumple el recurso de casación en el fondo, sobre todo cuando, conforme al artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, el asunto puede ser resuelto por el pleno del Supremo Tribunal si se invocan sentencias contradictorias emanadas de él y lo solicita la parte interesada. Al establecer expresamente este recurso de unificación de jurisprudencia y asignar a la “Sala Especializada” de la Corte Suprema, la competencia para resolver, se está modificando tácitamente –al menos para los asuntos laborales- el Artículo 780 del citado CPC y, de alguna manera, se rebaja esta tarea unificadora del pleno de la Excelentísima Corte a una sala. Personalmente nos merece reservas la cuestión. Una “sala especializada” no tiene el peso moral ni jurídico del pleno de la Corte de Casación”.³³¹

Sobre lo anterior, ciertamente concordamos en que el pleno de la Corte Suprema goza de una indubitada gravedad moral y jurídica para la resolución de cuestiones doctrinarias. Sin embargo, creemos que la especialidad en materia laboral, de que pueda estar provista la sala especializada para la vista y fallo de este recurso, puede generar un impulso en el ya conocido estancamiento dogmático en que ha caído el debate jurídico de la materia (sin perjuicio de la objetable especialidad, ya comentada³³²). Conocida es la proyección del derecho civil, sus categorías, sus operaciones propias de interpretar e integrar el Derecho, a las otras ramas, como es la del Trabajo, en el acto de adjudicación por parte de nuestros tribunales superiores³³³. Pensamos que la “especialidad” de la sala, debería apuntar hacia la elaboración de una

³³¹ THAYER ARTEAGA, William. El Nuevo Procedimiento Laboral. Revista Laboral Chilena. (166): 73-82, mayo 2008. p79.

³³² Supra. Cap. IV 2.3.

³³³ Atingentes resultan aquí las palabras de UGARTE respecto de nuestra actual judicatura laboral “curiosa situación, en todo caso, el del derecho laboral chileno a inicios del siglo XXI: expandido como nunca antes en términos normativos, asumiendo los complejos desafíos de la globalización, de las relaciones triangulares, los derechos fundamentales, el acoso sexual, la igualdad de trato, etc., y sometido al mismo tiempo al paleolítico jurídico de quienes, encargados de tutelar judicialmente por los derechos de los trabajadores, asumen incondicionalmente el dogma neoliberal de la racionalidad económica a destajo y de la precarización laboral, vestidos eso sí, del cómodo ropaje de los conceptos civiles decimonónicos de la autonomía de la voluntad y de sus asociados, que de ser necesarios se desempolvan para llegar al puerto deseado”. UGARTE, José Luis. Los Actos propios en materia laboral o guía de cómo inventarse una Doctrina. Revista Laboral Chilena. (172): 90-93, dic. 2008. p93.

jurisprudencia laboral conforme a los principios propios de esta rama del Derecho, lo que a la postre significaría un mayor desarrollo doctrinario en la materia, en beneficio de un prolífico y necesario proceso de construcciones dogmáticas y normativas propias.

6. Mantención de la incertidumbre en el procedimiento laboral.

Decíamos que la incertidumbre en el desenlace del procedimiento constituye un elemento central del mismo, desde un punto de vista de legitimación de la decisión, esto es, de la sentencia laboral. Las personas acuden a la vía jurisdiccional, al procedimiento, para la resolución de sus conflictos, con la expectativa de obtener una sentencia favorable, pero asumiendo lo incierto del resultado. Lo hacen porque existe precisamente esa incertidumbre en el resultado, participan desconociendo quién resultará victorioso. Por ello es necesario mantener la incertidumbre a lo largo del iter procesal, cuestión en la que entran a jugar el órgano jurisdiccional y los abogados, en representación de las partes. En una perspectiva amplia, la mantención de la incertidumbre dice relación con que los operadores del subsistema procedimental, asuman y tengan claridad sobre el rol o función que a cada cual compete en el desarrollo de la litis y que actúen en el procedimiento conforme a su respectivo rol, esto es, al órgano jurisdiccional corresponde la decisión, y a los abogados corresponde la defensa de las respectivas pretensiones de las partes.

En una perspectiva diferenciada, en materia laboral la actuación de jueces y abogados en la mantención de la incertidumbre, adopta ciertas peculiaridades derivadas de las lógicas propias del sistema de Derecho del Trabajo y particularmente de la diferencia de planos en que se encuentran las partes. Así, la existencia de sujetos procesales débiles en materia laboral implica adoptar ciertas determinaciones en interés de la igualdad material de las partes en el proceso. El sistema podría optar, sin perjuicio de una posición ecléctica, entre atribuir al juez del trabajo mayores potestades normativas instrumentales,³³⁴ o bien garantizar a los trabajadores la defensa

³³⁴ Dependiendo de la concepción que se adopte sobre la función jurisdiccional, será con el propósito de un mayor beneficio social a partir de una pronta resolución del conflicto (para quienes entienden como su fin la resolución de conflictos), o bien en aras del preciso amparo a la parte procesal más pobre e indefensa

mediante abogados especialistas que sepan el derecho tomándose “en serio la garantía de la defensa jurídica y disponer que los sujetos pobres puedan contar con un abogado pagado por el Estado, de la misma calidad que podría tener en caso de contar con los necesarios recursos económicos para contratarlo en el mercado”.³³⁵

6.1. Rol del órgano jurisdiccional laboral en la mantención de la incertidumbre, con relación a la existencia de sujetos procesales débiles.

En el proceso el juez debe decidir, y en ello la mantención de la incertidumbre, tiene directa relación con instituciones de suma relevancia, como son el debido proceso y las bases del ejercicio de la jurisdicción. En lo que respecta al juez del trabajo, atendido los fines propios del Derecho del Trabajo y especialmente la función tuitiva, unido a la existencia de sujetos procesales débiles, su participación y límites están radicados en la imparcialidad.

Decíamos que atendida la consideración de sujetos procesales débiles, el sistema debería optar. Creemos que el legislador ha optado por privilegiar la atribución de mayores potestades al juez en el procedimiento, particularmente en la aportación oficiosa de prueba. Cabe la pregunta sobre cómo se conserva la incertidumbre, cómo se mantiene el equilibrio, cuando uno de los operadores está sobre dotado en su papel por el propio sistema, dónde está el límite. No se puede correr el riesgo de que el juez, confunda su rol en el proceso y asuma el papel de abogado del trabajador, en un escenario en que por pretender alcanzar una igualdad material de las partes en el proceso se le otorgan mayores facultades instrumentales, tal situación sería equivalente a “eliminar” el rol del abogado de la parte trabajadora y constituir una relación bilateral entre el juez y el abogado de la parte empleadora, donde la actividad del abogado del trabajador en algunos casos resulta innecesaria, más aún si consideramos que quienes en gran parte de los casos asumen esta defensa no cuentan con la especialización adecuada al sistema (por ejemplo

(bajo una concepción más amplia de dicha función en que más allá de la resolución de conflictos, la jurisdicción cumple una función más pública, de actuación del derecho objetivo en el caso concreto).

³³⁵ BORDALI, A. Op. cit. p197.

postulantes de la Corporación de Asistencia Judicial, en el sistema antiguo). Semejante actuar del órgano, carecería de la más pura exigencia jurisdicción cual es la imparcialidad y por tanto podríamos decir que en lo sustancial no constituiría ejercicio de jurisdicción.

Pensamos que la clave está en el adecuado entendimiento que el propio juez del Trabajo necesita poseer sobre su función en el sistema, sobre el ejercicio de la jurisdicción en el ámbito laboral. De esta manera, el juez evitaría viciar con parcialidad sus decisiones, a causa de una inapropiada e incompleta concepción de sus potestades. En este sentido, el profesor MACCHIAVELLO nos ilustra al expresar, con relación a la especialidad del órgano, que “uno de los principios fundamentales de la justicia consiste en la imparcialidad del juez, esto es, “asimilar” las alegaciones y probanzas con prescindencia de quienes las entregan y resolver sin discriminaciones positivas o negativas respecto de las partes. Surge, entonces, la interrogante de saber si la especialidad de la justicia laboral quebranta, en algún modo, el otro principio de la imparcialidad (...) El principio laboral de proteger a la parte débil, que es el trabajador, no privilegia la razón o el fundamento de la demanda de aquél, (...) podemos decir que la protección solamente está orientada a “facilitar” al trabajador su defensa, de modo que tenga también “igualdad” con su contraparte ante un juez especializado y por ello la imparcialidad no resulta afectada.³³⁶ Facilitar no debe confundirse con hacer del juez un asistente de la parte procesal más débil, porque entonces ahí sí podría resultar afectado el deber de imparcialidad.

6.2. Rol del abogado en la mantención de la incertidumbre en el procedimiento laboral.

Los abogados cumplen un papel coadyuvante importantísimo en el ejercicio de la jurisdicción. El profesor MATURANA los define como “aquellas personas naturales, revestidas de la autoridad competente, de la facultad para desempeñar la función más trascendente, como es la de defender los intereses de las partes, sea oralmente o por escrito, ante los tribunales”.³³⁷ Así, su papel en el procedimiento laboral será la defensa de los intereses o pretensiones de las partes,

³³⁶ MACCHIAVELLO, G. Op. cit. p34.

³³⁷ MATURANA M., Cristian. Órganos Jurisdiccionales (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2006. p234.

ya sea trabajadora o empleadora. La garantía constitucional de “igualdad ante la justicia”, comprende el derecho a la defensa jurídica cuando así lo requiera, y la obligación del Estado de arbitrar los medios para otorgar asesoría y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.³³⁸ Existe por tanto un reconocimiento y protección constitucional a la labor que ejercen los abogados dentro del sistema judicial, necesaria para la efectividad del ejercicio en juicio de los derechos de las personas.³³⁹

6.2.1. Necesidad de idoneidad en la defensa para el cumplimiento de la función.

Ahora bien, las partes necesitan abogados idóneos. Suponemos de buena fe, que quien es legalmente investido de la calidad de abogado, debe cumplir con el mínimo e imprescindible requisito de saber el derecho. Advertimos que una eficiente protección de la garantía constitucional de igualdad ante la justicia, requiere de profesionales formados competentemente al servicio de la comunidad, con la responsabilidad de que tal garantía no se convierta sólo en una norma programática. En particular los abogados litigantes en materia laboral requieren de cierta especialidad en su saber. La profesora MONTT nos ilustra al afirmar que la “intervención como profesionales debe reconocer y hacer aplicación no sólo de la normativa vigente, sino que

³³⁸ “La Constitución asegura a todas las personas:

3°La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitraré los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos (inciso tercero)”. Incisos 1°, 2° y 3° del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

³³⁹ En el ámbito del derecho individual del trabajo, “el trabajador común, que constituye una gran generalidad, no busca asesoría, sólo busca trabajo. Ni siquiera sabe qué va a contratar, sólo busca un medio de subsistencia para él y su grupo familiar...consecuencialmente no hay un vasto campo de asesoría profesional a su respecto”. Situación diversa ocurre respecto al empleador “éste siempre requiere de asesoría y ya son muy pocas las empresas que no consideran como de absoluta necesidad el servicio de un profesional especializado en estas materias”. MONTT RETAMAL, María Eugenia. El abogado y el ejercicio ante los tribunales, en materia laboral. En: PACHECO GÓMEZ, Máximo. La abogacía y sus opciones profesionales. Santiago, Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1997. p92-93.

de los principios que informan el Derecho del Trabajo, tanto en el campo sustantivo como en el adjetivo, y jamás permitir que nuestra participación signifique una dilación, sino que tenga como objetivo la búsqueda de la justicia”.³⁴⁰

6.2.1.1. Diferencia de planos entre las partes manifestada en la defensa.

La existencia de sujetos procesales débiles en el procedimiento laboral también hace una diferencia en la defensa jurídica de las partes. Decíamos que se requiere de abogados que conozcan el Derecho del Trabajo. En la práctica constatamos que la parte empleadora regularmente puede acceder a los mejores abogados especialistas en Derecho del Trabajo, a diferencia de la parte trabajadora, ya que por lo general cuando acude a la jurisdicción lo hace al término de la relación laboral, momento en el cual difícilmente podría contratar los servicios de un abogado y menos un especialista en estas materias.³⁴¹ Las Corporaciones de Asistencia Judicial son el destino principal de estos trabajadores. En este sentido, el profesor MACCHIAVELLO señala qué es lo que la especialidad requiere del profesional letrado, y qué es lo que en la realidad se puede constatar: “la técnica jurídica requiere de abogados, los cuales “deben” saber el derecho. Es cierta esta “suposición”, pero seamos realistas y convengamos en que, sin prescindir de la necesaria participación de abogados, hay trabajadores sin acceso a los mejores, los cuales sí están al alcance de los empresarios, y que los servicios asistenciales - abnegados y loables- sufren de insuficiencias...Ligado a lo anterior, están los costos del pleito, en que un abogado necesita de dinero para actuar y el cesante no lo tiene. Es cierto que se puede convenir en honorarios “quota litis”, pero no siempre esto es “viable” ”.³⁴²

6.2.2. Opción del sistema con relación a la defensa de la parte trabajadora.

³⁴⁰ Íd. p95.

³⁴¹ Sin perjuicio de que esto se vea morigerado en el ámbito del derecho colectivo del trabajo atendida la organización existente, lo que por lo demás no constituye una masificada realidad en nuestro país, y sin perjuicio también, de que sí hay trabajadores que cuentan con los medios económicos para la contratación de abogados especialistas, hablamos en general de profesionales con elevados niveles de ingreso.

³⁴² MACCHIAVELLO, G. Op. cit. p21.

En nuestro concepto, en lo sustancial el sistema procedimental optó en favor de otorgar mayores potestades al juez del trabajo, en desmedro de una adecuada defensa jurídica de costo del Estado a quienes no pueden procurársela. Consistente con el interés de generar un real acceso a la judicatura del trabajo, no resulta suficiente la simplificación del procedimiento, es imprescindible que la parte más débil del conflicto, cuente con la debida asistencia letrada, cuando económicamente no pueda proporcionársela. La garantía constitucional de defensa jurídica, se ha ido verificando por los servicios de asistencia judicial de que dispone cada comuna del país. Empero, conocemos la realidad de las Corporaciones, en las que sin perjuicio de sus loables intenciones, los recursos nunca son suficientes para que pueda verse satisfactoriamente realizada la importante empresa que la Constitución le encomienda.

El Código del Trabajo, en la ordenación del nuevo procedimiento prescribe en su inciso segundo artículo 431 “Las partes que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita por parte de las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial o, en su defecto, por un abogado del turno, o del sistema de defensa gratuita que la ley disponga”. Reiteramos la idea de que, en general es el trabajador quien inicia la litis,³⁴³ y que a su respecto la demanda en la generalidad de los casos tiene el carácter de asistencial, no contando con los medios suficientes para proveerse por sí el asesoramiento jurídico adecuado. Sumado a la necesidad de idoneidad en la defensa, resulta entonces “coherente con lo anterior, la creación de una Defensoría Laboral Pública con abogados especialistas en temas laborales, evaluados en un proceso de selección que, análogo a lo que ocurre con los fiscales adjuntos y defensores públicos del sistema procesal penal, incluye pruebas técnicas de conocimientos en materia laboral”.³⁴⁴

³⁴³ “...no sólo es el trabajador el que puede poner en movimiento el aparato jurisdiccional laboral. El empleador también puede ejercer acciones, ya sea solicitando autorización para despedir trabajadores protegidos por el fuero laboral, deduciendo reclamos por aplicación de multas u otras resoluciones de órganos administrativos, solicitando se declare la obligación de la parte trabajadora de cumplir con sus obligaciones dentro del proceso de negociación colectiva o solicitando la disolución de organizaciones sindicales.” MONTT, M. E. Op. cit. p98.

³⁴⁴ VALENZUELA DONOSO, Andrés. La Reforma Laboral: de la “Cultura del Expediente” a la Sala de audiencias. Revista Laboral Chilena (170): 73-75, sep.-oct. 2008, p74.

Nuestra apreciación del panorama no resulta tan optimista, toda vez que estas “defensorías laborales” dependen y funcionan en las respectivas Corporaciones de Asistencia Judicial. Creemos que se le restó importancia a la creación de una institución de defensa de los derechos de los trabajadores, si lo parangonamos con lo que sucedió en materia penal. Es crucial que esta institución sea dotada de mayores recursos y autonomía, para que resulte más atractiva para los profesionales dedicados al área; que realmente sea un incentivo en el desarrollo profesional participar de esta institución, y en definitiva, que los trabajadores puedan acceder a los mejores profesionales, que aún siguen estando sólo al alcance de los empleadores. Asumiendo en los hechos la dispar condición de las partes en el proceso, y que el acceso a asistencia letrada es un derecho reconocido a todas las personas (que resulta ser condición necesaria para un debido proceso), es imprescindible entonces que se equiparen también las cualidades profesionales de quienes deben proteger los intereses de las partes en el proceso, para que efectivamente el sistema de Derecho asegure a todas las personas la igualdad ante la ley en la protección de sus derechos.

6.2.3. Distorsiones a la incertidumbre, con relación al ejercicio de la defensa laboral.

La mantención de incertidumbre en el procedimiento laboral se veía amenazada, en lo que respecta al rol que el sistema asigna al abogado en aquello, por circunstancias distorsionantes del antiguo procedimiento laboral. Una de ellas dice relación, con que el antiguo procedimiento laboral, vigente aún en ciertas regiones del país, dada su estructura y características, hacía posible que abogados con mínimos conocimientos en la materia “se atiboraban de causas laborales que, con lo lento que se movían y donde más valía ser amigo del actuario, entrampaban el debate jurídico dogmático reduciéndolo a la más mínima expresión”.³⁴⁵

Asimismo, otra distorsión a la que el procedimiento laboral estaba expuesto, tiene que ver con los llamados “poderes fácticos” dentro del proceso. Bien lo describe VALENZUELA, en su análisis de la transición que se podrá apreciar con la reforma procesal laboral que se está instalando, al afirmar que “en este orden de ideas, las consecuencias de tanto poder fáctico en funcionarios subalternos al juez que es quien debería ser el verdadero administrador de justicia,

³⁴⁵ Íd. p75.

no pueden si no resultar al menos desafortunadas (...) Lo primero que a uno se le viene a la cabeza con esto son los “fallos tipos”. Naturalmente, si son los funcionarios del tribunal, muchas veces legos en el derecho y con el solo conocimiento que le dan los años y años de hacer lo mismo, y no el juez quien redacta los fallos y dirime el conflicto intersubjetivo de intereses sometidos a conocimiento del tribunal, no es que uno pueda esperar fallos de una calidad dogmática impresionante”.³⁴⁶

Con el nuevo procedimiento, y la obligación bajo sanción de nulidad del proceso, de la presencia del juez durante toda la secuela del juicio, será casi imposible que un funcionario administrativo, cuya función debiera ser privativamente administrativa, asuma el rol del juez sin poder ser advertido por los abogados litigantes del pleito. El hecho de que las audiencias sean orales, y la inmediación clara del juez, “fue precisamente el gran avance en materia de reforma procesal penal: jueces letrados y no actuarios resolviendo las causas quedando los demás funcionarios para fines administrativos (...) el hecho de que sea ahora el juez el que resuelva las peticiones de las partes, aquello permitirá de inmediato subir el nivel del debate jurídico en tribunales tan dejado de la mano de Dios en estos últimos años en lo que a nuestra materia respecta. Y es que salvo fallo de los tribunales superiores de justicia, en sede de juzgados del trabajo el nivel del debate jurídico ha decaído a tal punto de quedarse en lo que se señalaba anteriormente: escritos tipo y fallos tipo”.³⁴⁷

6.3. Readecuación en el ejercicio de funciones, de jueces y abogados.

Con la transformación del procedimiento hacia la oralidad y la publicidad de la audiencia, el adecuado desempeño de los roles que el mismo sistema asigna al juez del trabajo y al abogado laboralista durante el iter procesal, quedará sometido al control ciudadano, necesario en ultimo término para la legitimación social de la solución a la que se arribe. Esta modalidad de

³⁴⁶ Íd. p73.

³⁴⁷ Íd. p74.

proceder dará las bases para que aquellos abogados laboriosos y diligentes, conocedores reales de la especialidad del derecho del trabajo, tengan incentivo para sacar del estancamiento al que ha estado sometida la discusión doctrinaria del ramo, pudiendo permitirse “introducir, sin temor a que caiga en la nada, teorías distintas al típico escrito de despido injustificado, y así, la nociones de ciudadanía en la empresa, elementos nucleares y marginales de las garantías fundamentales, mobbing o daño moral en el contrato de trabajo entre otros, ya arraigadas hace años en la jurisprudencia extranjera (...) Aquello favorecerá a que el litigante esforzado, aquel que siempre busca plantear algo nuevo en los intereses de su cliente, pueda obtener premio al esfuerzo al ser escuchado por un juez quien ponderará en derecho su propuesta”.³⁴⁸

Correlativamente el juez del trabajo se verá obligado a dar respuesta a estas demandas y contestaciones con base en doctrinas, muchas veces no difundida en el foro, requiriendo un mayor esfuerzo de estudio y reflexión sobre lo que nos interesa, el Trabajo y su complejidad. Es de esperar el surgimiento de una nueva jurisprudencia laboral caracterizada por una fecunda y especializada producción normativa en sentido estricto.

Por otro lado, las profundas transformaciones experimentadas en el procedimiento laboral, con todas las consecuencias en términos de eficiencia procedimental y eficacia en la resolución del conflicto, también repercutirán en la forma de proceder de quienes tienen asignada la defensa de las partes, así como en el alejamiento indirecto de profesionales no aptos. La nueva forma de litigar permitirá, tal como ocurrió de alguna forma en materia penal, limpiar el foro de abogados que con conocimiento mínimos en la materia, se atiborran de causas, “dejándole el lugar a profesionales con conocimientos tanto de forma como de litigación que permitan darle la seriedad necesaria a los conflictos de una de las ramas del derecho con más contenido social y humano de todas las que existen. Y es que además las consecuencias de un error o desconocimiento o falta de preparación en un sistema oral son dramáticamente evidentes:

³⁴⁸ Ib. “Y así, el sólo hecho de salirse del esquema típico y apollado de la demanda por despido injustificado, por despido indirecto y otros clásicos de los juzgados del trabajo significará sólo trabajo intelectual en vano al redactar un escrito complejo y de calidad que recibirá como respuesta un fallo hecho en base a una plantilla Word sin mayores pronunciamientos sobre las peticiones que se salen del petitorio usual de una demanda laboral. Tal como si se tratara de un Credo, tanto en sede laboral como lo era en el antiguo juzgado del crimen, siempre se recitaba lo mismo una y otra vez sin que nadie se atreviera a hacer un mínimo esfuerzo por salirse del patrón.” Íd. p73.

el hecho de no preparar bien un juicio o no conocer bien la ley en una audiencia oral con el cliente sentado al lado viéndolo todo dejan poco lugar a las excusas. Así, el hecho de tener una verdadera judicatura laboral más litigantes preparados harán de la justicia laboral algo de contenido dogmático como técnico mucho más profundo lo cual incidirá en una mejor resolución de los casos”.³⁴⁹

CAPITULO VI

LA SENTENCIA: EL JUEZ DEL TRABAJO Y LA SENTENCIA LABORAL EN EL EJERCICIO DE UNA POTESTAD JURISDICCIONAL CON SENTIDO DE CONSTRUCCIÓN SOCIAL.

1. Perspectiva de la investigación: observación de segundo orden para la Justicia Laboral.

Desde HART las ciencias jurídicas, como actividad sujeta a reglas, pueden ser estudiadas desde dos perspectivas muy distintas. La primera, es la perspectiva interna, la cual se coloca en la posición de un partícipe que pertenece al grupo subordinado a las reglas y como tal, las respeta y actúa conforme a ellas. La otra perspectiva es externa, la de un observador quien asume una posición de pura vigilancia respecto de los comportamientos que realizan los partícipes del grupo de acuerdo a las normas, sin que participe en la práctica social.³⁵⁰

³⁴⁹ Íd. p75.

³⁵⁰ HART, H. *EL concepto de...* Op. cit. p20ss.

Como en ningún caso esta investigación tiene como objetivo fijar razones justificatorias propias del derecho material del trabajo, ni resolver los problemas de legitimidad que en este ámbito se plantean sino sólo intentar una aproximación sistemática al problema de la adjudicación en este apartado especial que es el Derecho del Trabajo, nos colocaremos en la posición de un particular partícipe del sistema: el juez del Trabajo.

Debemos observar el sistema del cual el órgano adjudicador es parte, pero superando la dicotomía clásica que se da en la teoría del conocimiento, entre sujeto y objeto. Esto sólo se logra con una posición más activa en la que observador y observado quedan integrados en el acto creativo del conocimiento, en este caso el juez laboral, el sistema jurídico y el sistema de relaciones laborales. Para nuestra investigación lo esencial es que el observador conoce mediante esquemas de distinción y construye teorías, las cuales no agotan sus posibilidades de explicación en lo dado, sino que su interés está en lo contingente, en la pregunta por las otras posibilidades, en los equivalentes funcionales que podrían ofrecer soluciones comparables a un mismo problema.

Por eso, sin abandonar la perspectiva analítica y descriptiva, nos situamos dentro de los sistemas jurídico y laboral como parte de ellos, como el juez del trabajo, el que como adjudicador no es otra cosa que uno más de los elementos que hacen posible la comprensión del Derecho como una serie de razones preexistentes que se consideran vinculantes por parte de toda la colectividad.

2. El razonamiento jurídico.

Dijimos que el Derecho como ordenación de la conducta humana se basa en el carácter racional de la misma, por tanto, el razonamiento jurídico no es más que una variante del razonamiento práctico general. La especialidad del razonamiento jurídico es que se encuentra vinculado de manera restrictiva al Derecho vigente. En tanto que su objetivo no es otro que la fundamentación del juicio jurídico.

El juicio jurídico tiene dos aspectos: una justificación racional interna y una justificación racional externa. La justificación interna busca que las conclusiones que se derivan del razonamiento sean válidas desde las reglas generales de la lógica. Esto es lo que comúnmente llamamos “silogismo jurídico”.³⁵¹

Existieron antiguas concepciones que soslayaban la intervención del juez en el razonamiento jurídico al señalar que las premisas normativas implícitas en el silogismo eran meramente identificadas por éste desde su fijación positiva y directamente aplicadas al caso. Se veía entonces que la labor de la judicatura era una función de mera aplicación mecánica.

Sin embargo, estas concepciones de la labor judicial ya han sido ampliamente superadas entendiéndose que la labor racional del juez desde el punto de vista resolutivo requiere de razonamientos argumentativos activos de su parte. En este sentido su labor es indudablemente creativa.

De ninguna forma la superación de la visión del rol del juez como aplicador mecánico de la norma lleva a concluir que éste se libere de obligaciones lógicas necesarias en las decisiones. El juez siempre debe fundamentar en la lógica sus decisiones, porque de lo contrario no existiría razonamiento jurídico y las discusiones carecerían de sentido. La justificación de lógica interna es por tanto un requisito esencial al trabajo judicial, siempre.

Sin embargo, la mayor dificultad teórica está dada por las razones de justificación externa de las premisas en que se basa el juicio jurídico de cualquier resolución judicial. Es en estas premisas que el juicio jurídico se diferencia de los otros tipos generales de razonamiento práctico. La justificación externa de las normas se encuentra en su creación cumplida a través de criterios procedimentales de validez, es decir, que hayan sido impuestas de acuerdo a conductas previamente determinadas y legitimadas al efecto, la que a su vez fue impuesta en las mismas condiciones.

³⁵¹ La más sencilla forma del silogismo es: para todo x que se encuentre en una situación y, le está mandado, permitido o prohibido hacer z.

2.1. Modos de creación de normas jurídicas.

La regulación conductual de la sociedad a través del Derecho se hace creando normas. Los principales modos de creación normativa en nuestro Derecho pueden ser clasificados de acuerdo a su forma de autoría. Así pueden clasificarse en: normas creadas de forma colectiva por parte de la comunidad, normas creadas por los individuos de forma aislada y, normas creadas por el Estado.

La creación colectiva y comunitaria de normas es lo que denominamos costumbre y se caracteriza por su espontaneidad. La creación normativa aislada se identifica con las relaciones contractuales. En tercer lugar la paradigmática actividad de normalización se realiza por parte del Estado, a través de la función legislativa.

Decimos comúnmente que el Estado actúa a través de órganos, ergo, también la actividad de normalización se realiza a través de órganos. En este sentido se entiende que dichos órganos poseen poder normativo, es decir, poder para establecer prescripciones de conducta obligatorias.

La diferenciación de órganos y funciones llevan a afirmar la existencia de distintas potestades normativas dentro de nuestro Estado. La misma Constitución señala los criterios procedimentales de validez comunes a todos los órganos y a todas sus formas de actuación señalando que: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.³⁵² Es conforme al respeto de estos principios que las prescripciones de conductas declaradas por el Estado adquieren carácter vinculante para los ciudadanos. A estos principios también queda sujeto el tribunal cuando adjudica.

El actuar del Estado a través de sus órganos para la creación de normas se reconoce bajo el término de potestad normativa estatal.

³⁵² Véase. Constitución Política de la República de Chile, Art. 7.

2.1.1. Las potestades normativas estatales.

Usando como directriz la diferenciación orgánica del Estado y la correlativa competencia de cada órgano y el procedimiento establecido para el ejercicio de la potestad normativa estatal, somos capaces de distinguir cinco grandes categorías en la potestad normativa:

- la potestad constituyente, en la que intervienen tanto el Parlamento como el Presidente de la República y, eventualmente la ciudadanía, y que se manifiesta en la Constitución, en las leyes de reforma constitucional, y en los tratados internacionales de derechos humanos.

- la potestad legislativa, en la que intervienen tanto el Parlamento como el Presidente de la República, y que se manifiesta en las leyes, los decretos con fuerza de ley, y los tratados internacionales.

- la potestad administrativa, en la que interviene el Presidente de la República, y los demás órganos de la administración pública, y que se expresa en decretos supremos, reglamentos, instrucciones, circulares.

- las potestades normativas de órganos autónomos (Banco Central, Consejo Nacional de Televisión, Municipalidades, Tribunales Superiores de Justicia).

- la potestad jurisdiccional, de cargo de los Tribunales y expresada en las resoluciones judiciales.

Este trabajo está centrado en la potestad jurisdiccional que presenta grandes diferencias con las demás potestades a que recién hicimos referencia.

3. La potestad jurisdiccional.

En el capítulo anterior dijimos que entendemos por jurisdicción.³⁵³ Señalamos además los llamados momentos jurisdiccionales como aquellas etapas en que se divide el ejercicio de la jurisdicción y componen, por ende, la potestad jurisdiccional. De las tres atribuciones que la componen, la que sin duda la caracteriza y es la fundamental es la de juzgar. Etimológicamente la palabra jurisdicción de raíz latina deriva de *juris dictio*, decir el derecho o declarar el derecho. Las atribuciones conocer y ejecutar, a su vez, están directamente vinculadas a la de juzgar, en tanto el conocimiento es requisito de legitimidad y validez del ejercicio de la potestad normativa jurisdiccional, y en cuanto, la ejecución es requisito de efectividad o eficacia de la misma.

También señalamos que por las especiales características del Derecho del Trabajo, el proceso que encauza el conflicto toma ciertas peculiaridades que lo distinguen del Derecho común y de las demás ramas jurídicas, por lo que la actuación del juez del trabajo y las atribuciones que legitiman estas actuaciones también son diferentes.

En apartados posteriores nos centraremos en la calidad que puede alcanzar la jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho y el grado de diferenciación que puede llegar a tener el juez laboral a este respecto, llegando incluso a desarrollos legales límites para el impulso de modificaciones generales de la legislación y de los desarrollos socio-culturales.

3.1. Situación de la jurisprudencia como fuente del Derecho en Chile.

La problemática para atribuir a la actuación de la judicatura un rol preponderante en la creación del derecho constituye un prejuicio de larga data en nuestra tradición. Los principales elementos que condicionan ésta postura se revisan brevemente:

3.1.1. Codificación.

³⁵³ Infra. Cap. V, 3.

Históricamente existieron diversos factores que mermaron la posición de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Tal vez aquél que más influyó en la precaria calibración atribuida a los tribunales dentro del sistema jurídico haya sido el movimiento codificador. Este movimiento busca una necesaria sistematización y coordinación de las distintas normas que rigen cada área. El principal vicio que se observa en el proceso de codificación es el afán universalista de las disposiciones que forman los principales textos autoritativos, es decir, buscan una coherencia que muchas veces sólo es compatible dentro del reducido universo normativo creado por el mismo código, sin que se considere la compatibilidad de éstas con la normativa general. Dichos problemas se soslayan en la génesis normativa y se trasladan al tiempo de aplicación de las normas a través del proceso interpretativo.

3.1.2. Separación de poderes.

Otro factor de relevancia para no otorgar a la jurisprudencia el papel que le corresponde fue la mala concepción del principio de separación de poderes. Este principio fue entendido como una separación estricta de funciones, en vez de ser entendido como un control recíproco del ejercicio de competencias de las distintas funciones del Estado. Debido a esto se colocaba al jurisprudente ya en principio por debajo del legislador, porque se entendía que el rol de la judicatura debía limitarse a la aplicación del derecho legislado.

3.1.3. Common law.

Un tercer factor está dado por la mantención de una diferencia estructural entre los sistemas jurídicos de derecho legislado y el *common law*. En este sentido se entendió siempre la primacía de la ley por sobre los dictámenes judiciales. Por alguna razón se trataba de mantener la pureza de cada sistema (continental y jurisprudencial) y evitar cualquier especie de mixtura, de manera que las características centrales del *common law* no hiciesen mella en un sistema de derecho legislado.

3.1.4. Falta de una teoría del precedente.

Todo esto trajo como consecuencia que no existan en nuestro derecho teorías relativas al precedente judicial o doctrinas relativas a la jurisprudencia, haciendo que el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales no tenga el real peso que debe tener.

Corolario de esto es que la enseñanza universitaria del Derecho haya sido cruel con el tratamiento de la jurisprudencia, principalmente en el marco de la “Teoría de las Fuentes del Derecho” que es estudiada tanto en los cursos introductorias generales como en los cursos iniciales de derecho civil y que están centrados en concepciones legalistas del Derecho. Más aún, se detecta que durante toda la malla curricular en la nuestra universidad no se imparte un solo curso que se centre en la actividad jurisprudencial. Sólo los cursos de derecho romano toman como cuestión esencial del sistema de derecho la actividad jurisprudencial, sin embargo, al ser excluidos del conjunto curricular obligatorio la posición de los tribunales ha sido desplazada considerablemente.

Este mismo problema se traslada a las ramas especiales del Derecho, como el Derecho Laboral, en las cuales el estudio de la jurisprudencia surge como una cuestión accesoria siempre tendiente a ejemplificar normas legisladas.

En una explicación clásica relativa al valor de la jurisprudencia como fuente del derecho se afirma que “su fuerza obligatoria es muy limitada. Salvo contadas excepciones, a que ya hemos aludido (las sentencias sobre el estado civil), sólo alcanza a los litigantes. Ni siquiera ata al juez que falla el conflicto; puede aquél en casos análogos resolver en forma diversa. Y así, veremos, por ejemplo, que nuestra Corte Suprema, antes de sentar la doctrina definitiva del artículo 688, interpretó esta disposición de maneras diferentes (...) Pero si bien es verdad que la decisión de tribunal alguno tiene fuerza obligatoria general, ocurre que cuando la Corte Suprema, en varios casos análogos, aplica la ley en un mismo sentido, todos los otros tribunales tienden a interpretar la disposición respectiva en el mismo sentido. Legalmente, no tiene ninguna

obligación de hacerlo, porque en Chile, como en Francia, a diferencia de lo que pasa en el *Case Law*, o derecho jurisprudencial inglés, los otros tribunales y aun los mismos de que emanan las decisiones constitutivas de la jurisprudencia así fijada, conservan amplia libertad para estatuir en un sentido diferente en los litigios ulteriores parecidos que en el futuro tengan que juzgar. Sin embargo, de hecho se producen pocas veces tales desvíos y los fallos precedentes si bien no ligan a los jueces, los inspiran de un modo fatal. Agreguemos que naturalmente las decisiones de la Corte Suprema ejercen gran influencia ante los demás tribunales, cuyas sentencias están expuestas a se anuladas si se contradicen”.³⁵⁴

Creemos, sin embargo, que se trata de un problema de posicionamiento funcional o de competencias de los tribunales dentro del sistema jurídico y no de una cuestión de jerarquías formales. Si el sistema de Derecho es un sistema social que se diferencia por su función, la actividad judicial es un subsistema dentro del mismo sistema que también se diferencia por su propia función. Por tanto, el primer criterio para distinguir la actividad judicial de la del resto del sistema no es un criterio jerárquico. Tampoco es un criterio de este estilo el que rige a los demás órganos dotados de potestad normativa: el primer y principal criterio es el de distribución de competencias en base a funciones, funciones que están referidas al problema que cada sistema (o subsistema en éste caso) resuelve de manera particular.³⁵⁵

3.2. La creación normativa en un sistema democrático y pluralista: la distribución funcional de competencias.

Un sistema de Derecho basado en la distribución de competencias para la creación de normas respeta la concepción de la producción normativa como una actividad relevante del Estado moderno, pero la desliga de una vinculación unidireccional al poder político, devolviéndolo al plano de la actividad ciudadana y la política deliberativa de los ciclos de

³⁵⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil (explicaciones basadas en las clases de los autores, redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H.). 4ª ed., Santiago, Chile, Nacimiento, 1971. p133ss.

³⁵⁵ Supra. Cap. II, 3.

comunicación pluralistas de una sociedad democrática. Así la determinación del derecho no es en ningún caso una función exclusiva del poder legislativo, tampoco lo es del poder judicial, ni de la doctrina o de los juristas prácticos, sino una función de comunicación social que envuelve todas las estructuras comunicativas sin ser excluyente.

“Es gracias a las prescripciones constitucionales que garantizan el flujo del poder comunicacional social, permiten a la sociedad civil penetrar el sistema político-administrativo a través de una esfera pública politizada y beligerante. Se trata pues, de un modelo de política deliberativa cuyo resultado final debe ser un poder generado comunicativamente con una competencia dual sobre los actores sociales involucrados y el poder administrativo de la burocracia”.³⁵⁶ Estas prescripciones constitucionales son las que estatuyen un sistema de Derecho que garantiza el acceso a diversos órdenes procedimentales extendidos por toda la sociedad. Uno de ellos es el sistema jurisdiccional que tiene en su centro a los Tribunales y más dentro aún a la sentencia.³⁵⁷

4. Utilidad de la revalorización de la actividad jurisprudencial para el Derecho Laboral: la deslegitimación social y desdiferenciación funcional del Derecho del Trabajo.³⁵⁸

El principal problema que debe afrontar el Derecho del Trabajo en un estadio social como el actual es el de su legitimidad, la cual en último término pasa por una cuestión funcional: cumplir su cometido. En efecto, si el Derecho Laboral no cumple su función de reducir una complejidad creciente a través de la generalización y estabilización de expectativas, y por el contrario hace abandono y se diluye en la normativa general, la comunidad mirará el sistema como un ente burocrático que se autosustenta sin fundamento social, y comenzarán a emerger

³⁵⁶ MEJIA, O. Op. cit.

³⁵⁷ Supra. Cap. IV.

³⁵⁸ Las ideas son ecuménicas, ergo, extrapolables a todo el Derecho, pero a partir de este punto se usará su relación con el Trabajo, sin perjuicio de que cualquier otra aplicación ad hoc es permisible.

grupos de descontento colectivo que a través de sus discursos minarán la autoridad del Derecho, lo que es lo mismo decir, al Estado.

4.1. Deslegitimación social del Derecho del Trabajo: defraudación de expectativas funcionales.

Desde un principio nuestra investigación ha estado revestida de una concepción jurisprudencial del Derecho del Trabajo. La falta de fe en la actividad legislativa por parte de los ciudadanos en todos los ámbitos y, para nosotros en especial, de la clase trabajadora, han hecho que los resentimientos ante los yerros legislativos creen un sentimiento de insatisfacción por parte de los trabajadores y que se sienta que en verdad en nuestro país “no hay justicia” o que ésta “no sirve para nada”. Al hacer colisionar expectativas ya institucionalizadas inevitablemente hay algunos que saldrán defraudados. Sin embargo, sabemos que una regulación punto por punto no puede sostenerse en un nivel multidisciplinario de hipercomplejidad; no es esperable que las más de veinte mil leyes existentes a la fecha guarden la más armónica de las coherencias. Ni siquiera las normas constitucionales consiguen sostener una lógica social legítima absoluta, sino sólo descansar en una cuestión de jerarquías formales en relación a sus fuentes. Ni la misma Constitución como instrumento de las mayores y más exigentes máximas sociales puede soportar la lógica de estrictas jerarquías formales, porque contiene esencialmente principios, y los principios por definición carecen de fuente. Además, los principios en cuanto a su fuerza normativa están abiertos a otras consideraciones que pueden modificarla. El problema es que al defraudarse de forma sistemática las expectativas de ciertos grupos estos se sienten excluidos (trabajadores no calificados, practicantes, minorías étnicas, minorías sexuales, personas discapacitadas, personas que padecen enfermedades, etc.) y se produce un problema de legitimidad.

Podemos anotar lo sintomático que es el hecho de que el sentimiento de malestar, defraudación e inestabilidad de las expectativas en el sistema de relaciones laborales sea continuo y que no sólo afecte a uno de los lados de la relación laboral, pues no sólo son los trabajadores los que hacen patente su malestar, sino también su contraparte: los empleadores. El empleador está caracterizado en su mayoría como un empresario, que a su vez se estratifica en pequeño, mediano o gran empresario; cualquiera sea la categoría en que se ubique al empleador

la regla mayoritaria será un discurso que aboga por la desregulación normativa y la flexibilización en las relaciones de trabajo, en fin, en una menor responsabilidad de su parte para con el trabajador, un abandono de la función protectora por parte del Estado.

4.2. Desdiferenciación funcional del Derecho del Trabajo.

El movimiento desregulador viene a manifestarse en una suerte de descodificación: se hace patente la superación de la idea que se tenía de los códigos como fijación autoritativa integral de normas para cada área; se ha reconocido la necesidad de dictar numerosísimos textos especiales para regular los aspectos relevantes de cada ámbito quedando superados los códigos.

En materia laboral la desregulación se traduce en flexibilización que de alguna forma amenaza a la disciplina por desdiferenciación: “Se pretende destruir las bases históricas del conjunto de principios y normas tutelares que disciplinan las relaciones entre empresarios y trabajadores, o entre las entidades sindicales que las representan y otros hechos jurídicos resultantes del trabajo.

Desde este planteamiento discurre que la alta tecnología aplicada al trabajo y el influjo dominante de la globalización de la economía, sentencian el final del Derecho Laboral como regulador de las relaciones de trabajo y protector de los trabajadores. Dejarán de ser el trabajo humano, los trabajadores (y con ellos la estabilidad laboral, negociación colectiva, etc.) los que decidan la existencia de esta disciplina jurídica.

La argumentación anterior gira en torno a la aplicación del modelo de flexibilización que es el fruto de nuestros pensadores neoliberales, para quienes la manera como se define el Derecho Laboral es ir en contra de su estructura. El modelo, en términos generales, ha consistido en reducir y eliminar derechos laborales, tratar con rigor a los trabajadores, proclamar la libertad

e igualdad de las partes de la relación laboral y limitar la intervención del Estado a la aplicación del modelo”.³⁵⁹

4.3. Acercamiento a la importancia de la actividad jurisprudente en materia laboral.

Parte de la doctrina nacional ha puesto atención a este panorama, de modo tal que ha sabido reconocer el que “un **adecuado encauzamiento de la jurisprudencia** podría ayudar a resolver ciertas situaciones que comprometen el recto desempeño de la función jurisdiccional. La inflación legislativa, la contradicción entre normas y otras cuestiones de análoga entidad demandan respuestas que, en gran medida, se vinculan a los mecanismos procesales para tratar de unificar la jurisprudencia. Hoy cuando algún sector de la doctrina postula la existencia de un movimiento descodificador, que se hace patente en una interminable producción de leyes especiales, las que van creando verdaderos compartimientos estancos de esos intentos de solución global que se pensaban darían los códigos, se necesita encontrar en la jurisprudencia un sitio que dé cierta tranquilidad al jurista práctico, otorgando a las relaciones jurídicas la certeza que la ley, en muchas ocasiones, es incapaz de otorgar”.³⁶⁰

Vemos que la revalorización de una actividad jurisprudencial en el Derecho del Trabajo pasa, como siempre, a través del principio de certeza o certidumbre jurídica, más bien, de la falta de ella.

4.4. La concepción de la certeza jurídica en el mundo postmoderno.

El principio de certeza jurídica no puede quedar fuera en la indagación de ninguna teoría del Derecho. Por un lado el positivismo pone un énfasis apriorístico: el aseguramiento que la

³⁵⁹ CAMEJO, Armando. Ética en las relaciones laborales: una nueva visión en los tiempos de globalización.[en línea] < http://www.revistafuturos.info/raw_text/raw_futuro17/etica_rl_global.pdf > [consulta: 06 junio 2008]

³⁶⁰ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho (Una perspectiva procesal). Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p13.

legalidad otorga como medio para evitar la arbitrariedad del poder. Por otro lado, el realismo señala que la certeza se concreta con la garantía de justicia para cada caso, o sea, se trata de certeza como estabilización *ex post*.

En todo caso caracterizamos la certeza como previsibilidad del apoyo o del no apoyo institucional al actuar propio y/o al ajeno. Sin embargo, la incertidumbre del futuro lleva a plantear como es que se desarrolla el principio de certeza en medios de una intensa complejidad como el moderno sistema de relaciones laborales. Desde luego, la noción clásica de certeza jurídica es incompatible con la modernidad que es inherentemente incierta, contingente abierta a otras posibilidades en que el conocimiento no entrega respuestas acerca de lo correcto o incorrecto, sino por el contrario plantea más preguntas.

4.4.1. El Trabajo como ejemplo del desborde del concepto clásico de certeza jurídica en una sociedad pluralista y democrática.

El aumento de la complejidad y de las posibilidades de comunicación, consecuencias del aprendizaje social, sobrepasan la correlación entre ser y deber ser en que clásicamente se basa el principio de certeza jurídica. Por eso si el Trabajo moderno es sinónimo de convergencia, alta contingencia y apertura hacia el futuro, habrá problemas adaptativos cuando “el plano semántico se aleje de la realidad y pretenda asumir el papel de conductor de la estructura social. En este momento, la teoría no solo se aleja de la complejidad, sino que también la reprime para adecuarla a sus postulados”.³⁶¹ En el sistema de Derecho del Trabajo esta hipótesis puede verificarse cuando su reflexión pervive en una tesis de ontología unitaria, incluso cuando el mismo Derecho se desarrolla bajo la fórmula de la contingencia donde una decisión puede ser cambiada por otra decisión futura, sin que exista un vicio en ello. Se trata sólo de la forma en que el Derecho es.

³⁶¹ LEITE GONCALVES, GUILHERME. Las paradojas de la certeza del derecho. En: OBSERVANDO sistemas por FARIAS, Ignacio y OSSANDON, José (ed). Santiago, Chile, RIL, 2006. p287.

Ahora bien, el Trabajo moderno elimina cualquier principio ontológico general único o absoluto (utilitarista, desarrollo nacional, desarrollo individual, primacía de un factor productivo sobre otro, etc.) y deviene en un aumento de diferencias que por carecer de principio unitario no son uniformables. En capítulos anteriores hemos reconocido al Derecho como un sistema de comunicación social, donde es posible constatar la existencia de una periferia representada en la legislación y los contratos y un centro representado por los tribunales de justicia.³⁶² La periferia del sistema está en directo contacto con los estímulos del entorno, por lo que las comunicaciones irritantes serán rápidamente acusadas por la legislación lo que se traduce en más volumen de creación legislativa, en un excedente de normatividad. En materia de Derecho del Trabajo tenemos un código que data de 1994 y que buscó sistematizar la normativa aplicable al trabajo hasta esa fecha, sin embargo, existe numerosa normativa posterior a la promulgación y publicación del texto. Algunas de estas normas han sido incorporadas al mismo por medio de derogación expresa, pero otras tantas perviven de manera aislada. La posibilidad de que la potestad administrativa sea fuente de Derecho del Trabajo (Dirección del Trabajo), así como también el especial reconocimiento a la creación normativa supraindividual a través del derecho colectivo del trabajo, a la regulación proporcionada por los reglamentos internos y, por supuesto, a la creación individual de normas vía contrato individual de trabajo, hacen que la amalgama normativa del trabajo sea de una fecundidad extrema, y que la generalización de las expectativas laborales se haga difícil.

Vemos que, en cualquier ámbito, demasiada creación confunde y el conocimiento derivado de ella no provee respuestas adecuadas acerca de lo que es bueno o malo, lo correcto o lo incorrecto, lo verdadero o falso. Las leyes o programas, no otorgan certidumbres absolutas respecto a lo que en un caso es legítimo hacer o no hacer, ni proporcionan estabildades suficientes a largo plazo como las que se mueven en los planos macro-sociales. Conceptos tales como “la educación que queremos”, “la salud que queremos”, “la previsión que queremos”, “el trabajo que queremos”, etc., son productos de largos rendimientos históricos cuya proyección en medio de inestabilidad jurídica se hace difícil. La creación normativa corresponde a generalizaciones que no incorporan todos los presupuestos fácticos o que muchas veces corresponden a conceptos indeterminados, como los que en materia laboral implica la causal de despido “necesidades de la empresa”, o en familia el “interés superior del niño”.

³⁶² Supra. Cap. IV.

En un escenario de relaciones laborales como éste se debe de asumir con suficiente seriedad la función que va a tener el Derecho ¿Qué pasa en aquellos tiempos de crisis económicas, que de tanto en tanto afectan al orbe: se continúan defendiendo aquellos derechos de los trabajadores que significan trabas al funcionamiento de la empresa?, ¿Qué hacer con aquellas demandas reivindicativas de los trabajadores que implican la formación de semánticas violentas que pueden afectar la estabilidad política? ¿Cómo se condice un orden económico liberal para las empresas, teniendo como eje una concepción social del Estado? En definitiva: ¿Cómo materializar derechos incompatibles? ¿Se deben materializar derechos incompatibles?

El desarrollo de todas estas cuestiones debe ser reconocido por parte de la judicatura laboral y asumido como algo propio. Se reclama de estos Tribunales que tomen con firmeza el rol que les cabe en la creación de una cultura y que no se escuden en que su papel es de mera aplicación de la ley poseyendo una suerte de “neutralidad cultural” frente a los desarrollos sociales. Si se asume éste rol cultural se podrá comenzar a re-legitimar el sistema jurídico laboral.

Además nos es insoslayable el considerar que la complejidad en nuestra sociedad significará pluralismo. Este pluralismo se dará dentro de un Estado democrático. Luego, si los Tribunales del Trabajo van a operar con interpretaciones teleológicas (justas por una finalidad determinada) de las leyes cimentadas en semánticas erróneas, se tendrá como resultado un socavamiento paulatino de la legitimidad del Derecho. Una aproximación teleológica al Derecho, en vez de una deontológica (justa inherentemente y no por la determinación a fines), significará el optar por la preferencia hacia una determinada opción de vida que será mejor para “unos cuantos” excluyéndose a los demás. Sin embargo, esto es insostenible por cuanto la democracia en una sociedad pluralista importa una inclusión de todos los partícipes. Si se asume una aplicación no deontológica, se rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para conservar el equilibrio y la integración social de sus heterogéneas comunidades. Si la exclusión de los grupos sociales inmersos en el sistema de relaciones laborales se refuerza por medio del mismo Derecho, se deshacen las bases de su propia legitimidad.

4.4.2. El concepto de sociedad holística en el mundo del Trabajo.

HABERMAS usa el concepto de sociedad holística para describir el rol del Estado en un escenario de complejidad democrática. Dicho concepto bien puede aplicarse al mundo del Trabajo: “el principal papel del Estado debe ser la neutralidad frente al conjunto de formas de vida y visiones competitivas del mundo, lo cual impone la necesidad de una **reinterpretación discursiva del procedimiento democrático**. La categoría central viene a ser la de una soberanía popular procedimentalizada y un sistema político anclado en la red de una esfera pública de una sociedad descentrada. El éxito de una política deliberativa reside no sólo en una ciudadanía colectivamente activa sino en una institucionalización de los procedimientos y condiciones de comunicaciones públicas, así como en la interrelación de la deliberación institucionalizada con los procesos informales donde se crea y consolida esa opinión ciudadana.”

Cuando HABERMAS habla de “reinterpretación discursiva del procedimiento democrático” se está refiriendo a las formas institucionales o institucionalizadas en que se desarrolla una sociedad democrática, y que esas formas son comunicacionales o discursivas. Luego, se trata de asegurar la circulación de un poder comunicativo-deliberativo ciudadano.

Recombinando los postulados de HABERMAS con una teoría sistémica diremos que se trata de asegurar el flujo de las comunicaciones que emergen como rendimientos sociales de manera heterogénea. Creemos que sólo así puede sostenerse una democracia en una sociedad de fragmentación sistémica hipercompleja que presenta propiedades de clausura operativa. El Trabajo moderno, al erigirse como un sistema social, no puede ser ajeno a estos planteamientos pues si se le niega la alocución de procesos informales a través de procesos institucionalizados, ya no sería democrático.

Queremos deshipostaziar la observancia de principios ontológicos unitarios y evitar los estancos normativos y culturales que bloquearían la evolución sistémica o que la desvían hacia procesos de aprendizaje violentos como las revoluciones. Por eso observamos como es que el mismo Derecho crea más complejidad y se presenta ante nosotros como no producto natural,

sino como organización reflexiva y artificial (esto es, creada): “el derecho no es fruto de un proceso natural, sino de una construcción artificial. El derecho positivo, puesto por una decisión, y como tal, variable, no determinado: puede ser modificado por una nueva decisión. El derecho moderno es contingente. Por eso el problema de la certeza debe ser redimensionado: debe reflejarse esta artificialidad”.³⁶³

“De manera de cambiar esta situación de incertidumbre, las reglas para tratar con ella son cuestionadas. Las creencias de lo que es compartido colectivamente ya no se mantienen. Es necesario un aprendizaje a través de la comunicación. Las elecciones entre reglas ya no son suficientes. Se deben elegir nuevas reglas. Esto requiere del aprendizaje de nuevas reglas y la producción de nuevas certidumbres, a través de nuevas reglas acerca de la comunicación de evidencia sobre el mundo de alrededor. En las sociedades modernas tales situaciones de incertidumbre se han convertido hasta en normales: la sociedad del riesgo es un concepto que define las sociedades modernas como inherentemente inciertas”.³⁶⁴ Esto se logra en las sentencias judiciales.

4.4.3. La certeza jurídico-laboral redimensionada: la sentencia laboral.

Teniendo a la vista un tejido social de Trabajo como el actual, con altísimos niveles de información y capacidad de comunicación, las expectativas no pueden ser rígidas porque se produce estancamiento normativo y más allá: sistémico. Esta es la verdadera noción que subyace a la idea de flexibilidad laboral; se trata de mantener la contingencia abierta en las relaciones laborales para hacer frente a la incertidumbre de expectativas dinámicas. Luego, la redefinición del principio de certeza jurídica pasa por aceptar la incertidumbre que generan expectativas variables como las que día a día se aportan al Trabajo a través v.gr. de las ciencias, la tecnología y la experiencia común, pues “es exactamente la manera en que funciona la comunicación social: reduce la incertidumbre creando nuevas incertidumbres. Si hubiera certeza absoluta no

³⁶³ LEITE GONCALVES, G. Op. cit. p287.

³⁶⁴ KLAUS, E. Op. cit. p28.

habrían expectativas, la sociedad bloquearía su proceso evolutivo”.³⁶⁵ Por eso es necesario mantener el gradiente de expectativas en el mundo jurídico-laboral, para que haya capacidad de cambio en medio de la dinámica.

Reconocemos que la creación de certeza por el Derecho moderno es paradójica: por un lado reduce complejidad y rebaja la incertidumbre de los otros sistemas creando leyes *ad hoc* a los presupuestos fácticos de éstos, lo que empero, redundando en más complejidad hacia su interior porque paralelamente aumenta las expectativas de dichos sistemas. Es decir, el Derecho crea normas para las expectativas de la Economía, el Trabajo, la Política, etc., con lo que se tendrá que esas áreas podrán contar para sí con esas normas y rebajar sus posibles alternativas de selección, sin embargo, para el Derecho eso va a significar mayores demandas o, si se quiere, demandas reforzadas (juridificadas, contrafácticas). Por eso al Derecho se le hace imperioso con una estructura interna vializadora de decisiones por medio de la reducción a dos alternativas únicas: conforme a derecho/no conforme a derecho. Esta estructura, ya hemos visto, corresponde a los Tribunales.³⁶⁶

No estamos diciendo que la validez general del Derecho se cuestione, sin embargo, el exceso de normas puede causar problemas, para ello la revisión judicial es el último estadio de decisión y reequilibrio. La revisión judicial constituye el más alto nivel de relación del sistema legal que opera por encima de la creación de la ley para mantener la estabilidad en torno a la variedad de interpretaciones posibles y tiene en el precedente su principal mecanismo, pues éste limita la aplicación de las leyes a estándares examinados y probados como aceptables.³⁶⁷

En el caso del Trabajo no sólo la creación de excedentes normativos pueden generar confusión, sino y muy especialmente el aferrarse a las semánticas de funciones del Derecho Laboral bajo el entendido de fundamentos ontológicos y totalizantes del mismo. Como dijimos dichas funciones sólo constituyen prestaciones recíprocas que se constituyen en condiciones de posibilidad de la emergencia de los varios niveles comunicacionales y evitan la violencia por

³⁶⁵ LEITE GONCALVES, G. Op. cit. p292.

³⁶⁶ Supra. Cap., IV.

³⁶⁷ Supra. Cap., II, 7.6.

medio del encauzamiento de ideas y acciones, pero que en ningún caso son de causalidad determinista.³⁶⁸

Ahora bien, el Derecho siempre va a permanecer incierto mientras no haya sentencia, ninguna función se habrá cumplido excepto la de evitar la violencia por medio de un proceso: “Las dos partes no pueden vencer en la contienda judicial. El resultado final es siempre incierto: la certeza de la expectativa se transforma jurídicamente en la incertidumbre de su concretización. La única certeza que el derecho puede proporcionar es una incertidumbre: la certeza de que la decisión judicial se basará en un código binario y podrá conformar o el polo negativo o aquél positivo. En otras palabras: la única certeza del derecho es la incertidumbre de la oscilación entre derecho y no derecho”.³⁶⁹

La única certeza con que podemos contar es que contamos con un ente llamado “Tribunal” que resolverá las disputas que se tengan respecto de lo que es / no es conforme a Derecho, que siempre lo hará y que sus decisiones serán justas (esto mientras no surja una nueva operación que determine otro sistema diferente y mejor). Por eso la sociedad debe desarrollar por diferenciación un grupo de individuos que sea significado como un núcleo profesional de adjudicadores. Ellos se diferenciarán en primer término por su formación y como corolario de ella por el ejercicio su función: hacer justicia. Y sabemos que al cumplirse el objetivo funcional se evita la desdiferenciación del sistema en las pautas generales de la sociedad. Luego, la dinámica se reproduce en el interior de la judicatura respecto a los jueces laborales: su formación corresponde a un subsistema específico, en cumplimiento de una función específica que evita la desdiferenciación del subsistema laboral en el ordenamiento común y que a su vez legitima al Derecho Laboral. De todo esto concluimos que el ejercicio de potestades jurisdiccionales envuelve un compromiso con un trabajo de vieja raigambre social, que va mucho más allá de una maquinaria para el dictamen de sentencias.

Como el acto paradigmático de decisión judicial es la sentencia en breve desarrollaremos cómo es que este acto particular, en su calidad de última acción reflexiva de una serie anterior

³⁶⁸ Supra. Cap., III, 2.

³⁶⁹ LEITE GONCALVES, G. Op. cit. p293.

que tiene su inicio en el mundo extrajurídico, sirve de atractor, corrector y reconciliador de varios problemas. El primero de ellos es aquel ya visitado de la certeza jurídica y su redimensión. Los demás están referidos a los planos macro-sociales, esto es, la construcción social de sentido, y en particular: a la justicia reflexiva en los casos particulares, a la corrección de los aprendizajes sociales desviados, y a la superación de los conflictos superlativos de orden cultural.

5. La actividad jurisprudente como mecanismo micro-social de macro-desarrollos en el sistema de relaciones laborales.

La teoría sistémica permite ubicar al Trabajo como un entramado de encauzamiento específico de recursos hacia una dirección determinada. La vida del individuo se da siempre como una vida social. Afirmar que el hombre es constitutivamente sociable, no implica emitir un juicio apriorístico. Todas las disciplinas científicas que se han abocado al estudio del tema – historia, sociología, antropología, etnología- han llegado a una conclusión unívoca: el ser humano siempre existe en relación a otros seres humanos,³⁷⁰ lo que necesariamente significa acciones comunicativas de una u otra forma. Esta realidad es insoslayable, aunque son soslayables las orientaciones subyacentes al acto comunicativo, cualquiera sea su tipo: valóricas, estratégicas, etc. Luego, la concepción de la acción social que implica el Trabajo posee la ductibilidad propia del promedio de los conceptos indeterminados, dotándolo de especial volubilidad según el ámbito en que se le ocupe y de la forma en que se le ocupe.³⁷¹ Sin embargo, cualquiera sea la susceptibilidad que abrace el concepto, se ha logrado llegar al consenso de observar el hecho de trabajar como un medio de desarrollo de las potencialidades del ser humano, en realidad, una forma autopoiética de supervivencia. En un tipo ideal para las relaciones laborales se busca un desarrollo individual entramado en un desarrollo colectivo, o un desarrollo colectivo acorde con un desarrollo individual. Esto al menos en el plano de los discursos sociales, porque en la arena práctica de todas las sensibilidades en juego es la

³⁷⁰ VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana M. Op. cit. p21.

³⁷¹ Supra. Cap. II, 4.

económica la que mayor poder tiene, sin que le importe demasiado la coordinación de desarrollos individuales y colectivos. Tanto es así, que cualquier otro tipo de consideración se encuentra, en mayor o menor medida, supeditada al cálculo de racionalidad económica; las comunicaciones que funcionan con lógicas morales, solidarias, de prevención, de sustentabilidad ambiental, etc. se ven inmersas y diluidas dentro del sistema social de la economía.

Como ya vimos, conceptualmente el avance evolutivo se produce frente a ataques externos que amenazan autonomía.³⁷² Cada sistema intenta mantenerse a través de adaptaciones evolutivas que les permitan subsistir a los embates del sistema más poderoso. Brevemente nos centraremos en el posicionamiento del sistema Económico frente a otros sistemas sociales como el Trabajo.

Para algunos entramados de comunicación la resistencia de su propia recursividad operativa ante la Economía, se torna en extremo difícil debido a que la lógica de los pagos no los acompaña de manera intrínseca. Para otros en cambio, la adaptación a esta lógica redundante en su propio robustecimiento. A modo ejemplar, la salvaguarda de los “derechos mínimos laborales” consagrada por el Código del Trabajo, es una muestra de resistencia del sistema de Trabajo ante la arremetida del sistema Económico y el principio utilitarista. Otros ejemplos de sistemas difícilmente adaptables a la economía es el sistema Artístico conservado fuera de los márgenes industriales; así mismo los sistemas Familiares y Solidarios. En cambio el sistema Educativo privado, el sistema de Salud privado y el sistema de Entretenimiento organizado como industria, corresponden a presentaciones sistémicas que se han acoplado a la Economía de forma ventajosa. Tal vez, la mayor o menor medida del grado o capacidad de adaptación de cada sistema con el Económico, esté dado por la influencia que la comunicación propiamente económica (los pagos) puede tener sobre el sistema particular o, en lo medular, sobre el problema en particular del que éste se hace cargo. De esta forma la comunicación de los pagos es capaz de simplificar el problema del que se hace cargo cada sistema (mantención o recuperación de la salud, obtención de educación o de entretenimiento) de forma que se acople más fácil a la Economía. En este sentido la capacidad para aceptar pagos en cada sistema banaliza su problema propio. Luego, sistemas cuyas diferenciaciones no se facilitan en la comunicación de pagos

³⁷² Supra Cap. III, 1.

históricamente presentan resistencia a la función económica: el Trabajo, el Arte no industrial, la Familia o la Solidaridad, para seguir con los mismos ejemplos.

Ahora, la evolución del Derecho lo caracteriza una estructura que encuentra consistencia en el mantenimiento de un núcleo profesional: judicatura. Este núcleo dentro del mismo sistema aparece como estabilizador de preferencias sociales multívocas recibidas por la permeable periferia del sistema. Es gracias a la semblanza de la judicatura que el sistema jurídico no sólo permanece como autónomo dentro del propio sistema de Derecho, sino además autónomo fuera de él en el hiperciclo de la sociedad. De ello se colige que la actividad jurisdiccional goza de autodeterminación, no en el sentido que las motivaciones de los demás sistemas sean irrelevantes, sino en el sentido contrario de que todas estas motivaciones son, precisamente, relevantes; si el sistema jurídico se motivara por un solo tipo de interés, dicho sistema sería corrupto,³⁷³ ya que se estaría alterando en su forma original, la que se obtiene de la observación autorreferente que explicáramos en su momento.³⁷⁴

Ahora bien, luego de haber transcurrido casi dos décadas desde el retorno a la democracia en nuestro país, y de haberse superado las polarizaciones doctrinarias y las urgencias de estabilidad social conciliatoria, se hace necesario que nuestra Nación abra un diálogo franco, acerca de múltiples cuestiones sociales que deben ser revisadas y ponderadas en su configuración. ¿Qué educación tenemos y qué educación deseamos tener? ¿Qué sistema de profesionales es deseable en nuestra sociedad y cómo lo estamos desarrollando? ¿Por qué estamos disconformes con nuestra Justicia? ¿Es observado el Trabajo de la sociedad igual que hace diez, veinte o cincuenta años?

Una actividad jurisprudencial en el Derecho del Trabajo se va a centrar en el estudio y reflexión de diversas situaciones fácticas ponderadas a la luz de las consideraciones que la misma sociedad a recogido a través de la legislación específicamente laboral, así como de los acuerdos más puntuales entre individuos (contratos de trabajo individuales o colectivos, convenios colectivos) e incluso a los reconocimientos y compromisos de la colectividad a nivel

³⁷³ Estrictamente en el sentido de la primera acepción del término corrupción como deformación y no en sentido netamente jurídico.

³⁷⁴ Supra. Cap. II.

supraestatal (tratados internacionales). En este entendido la jurisprudencia tiene en sus manos la determinación final del contenido no de la normativa laboral, si no de lo que es aceptado como conforme en el Trabajo de un sistema democrático, sin encontrarse constreñida por las consideraciones dominantes de un ámbito en particular, ni siquiera del Político; la jurisprudencia es capaz de revisar y revalorizar cualquier presupuesto factual y cualquier relación, más que desde ninguna perspectiva en particular desde todas las perspectivas posibles, contando además con capacidad de adaptación en el peso específico de cualquiera consideración debido a la particularidad de la situación y a la relatividad de sus decisiones.

Sólo si se redetermina el Trabajo como un sistema social diferenciado, que en base a decisiones con sentido permite un flujo continuo de comunicación que administre los elementos de una complejidad creciente de manera autorreferente, se le va a restituir la ubicación que originalmente ha tenido dentro de la sociedad como tejido social que nace espontáneamente para hacerse cargo de una función de la cual ningún otro puede hacerse cargo: ordenar sin violencia, sino bajo el compromiso, la fuerza de trabajo; el Trabajo perderá el carácter de apéndice de la economía y de mero factor productivo, pues se autoconstruirá independientemente de la visión de otros referentes. Por otro lado, esto no significa su aislamiento sino una verdadera integración del Trabajo en el enjambre social.

En estos términos, el Trabajo no es más que un conjunto de realidad que comparte las características de un sistema según los conceptos dados en esta investigación, y como tal su diferenciación es funcional, autopoietica y clausurada, pero también abierta cognitivamente hacia el entorno. Por eso, la actividad de los Tribunales basada en la estructura lógica de las sentencias, en el marco de su legitimación social, es capaz de dar un correctivo a las lógicas parciales de cada ámbito y señalar la forma de adaptación de estos ámbitos al ámbito de las relaciones laborales sin que éstas pierdan su sentido.

Hemos dicho que la judicatura no puede fijar la atención en un solo tipo de consideraciones porque de lo contrario la distorsión de la forma del sistema redundaría en su corrupción, sin embargo, no va a ocurrir lo mismo de manera inversa, es decir, la comunicación propiciada por los Tribunales del Trabajo contiene caracteres de dualidad jurídica / laboral, por lo que su actividad influye decididamente en los demás sistemas sin que esto signifique la

deformación o corrupción de ellos, ya que sólo insertará semánticas estimulantes como una comunicación diferenciada, por lo que no será proyección sino introyección de información.

Se trata, entonces, de un revés a la manera en que las descoordinaciones del Derecho del Trabajo y del Trabajo son proyectadas e impuestas en el Trabajo. Sólo es el ejercicio de la virtud como un intento por invertir el curso invertido del mundo.

5.1. El aprendizaje social.

Las sociedades ciertamente evolucionan. Esta evolución se basa en mecanismos “epigenéticos”, los cuales llamamos evolución cultural. El hecho de que las sociedades aprenden no fue tematizado hasta el comienzo de la sociedad moderna. Por eso, esta idea de sociedad como una entidad que aprende es en sí misma una construcción social, constituyente de la cultura moderna. La sociedad aprendió que ella aprende. Y ello aumentó tremendamente la velocidad de la evolución cultural, o la velocidad del aprendizaje social. Y sin embargo, aún no tenemos una explicación de porqué toda esta reflexión no ha ayudado a crear la sociedad que queremos.³⁷⁵

Sostenemos que la respuesta pasa por un problema de racionalidad en el proceso de aprendizaje de las sociedades. Los problemas de descoordinación de los sistemas (la superioridad de la Economía sobre el Trabajo, por ejemplo) y los problemas de descoordinación de las preferencias interpersonales (el favorecer los intereses de la empresa por sobre las necesidades de sus trabajadores) son en definitiva problemas de racionalidad. Es así como el Derecho trata de dar respuestas correctas a preguntas prácticas, es decir, acerca de lo que en un caso determinado se encuentra permitido o es debido hacer o dejar de hacer. Estas respuestas son entregadas en base a lo que se derive de una argumentación racional. La última instancia razonada del Derecho y de todo el sistema social de conocimiento es la sentencia que resuelve el caso particular.

³⁷⁵ KLAUS, E. Op.cit. p14.

Pero el Derecho no es el único ámbito que se encarga de dar respuestas prácticas, las demás ciencias también: la medicina nos dice qué hacer para sanar, la agronomía nos dice qué hacer para cultivar, la psicología nos dice qué hacer para ser más felices, etc. La diferencia estriba en que al Derecho le toca dar la respuesta última en caso de conflicto, y la última respuesta le corresponde a los Tribunales.

5.2. El conflicto superlativo cultural de los sistemas sociales.

Luego, a través de la teoría sistémica se ha detectado un tipo de conflicto superlativo cultural que no es, al menos en principio, un conflicto jurídico, sino una mera colisión de intereses globales; ni siquiera posee aún caracteres de intersubjetividad. Se trata de un conflicto sobre ideas generales, lógicas fragmentarias, intereses parciales, principios de sistemas que se han estructurado independientemente. Todos estos pululan en distintos ámbitos en un hiperciclo de complejidad y al encontrarse colisionan y supeditan la cultura del grupo social. Luego, si la colisión involucra sujetos de derecho y está normada existiendo resistencia de pretensiones, tendremos conflicto jurídico.

Creemos que el juez del Trabajo posee una posición privilegiada dentro de la sociedad y dentro del mismo Derecho para hacer frente a estos conflictos, tanto aquellos que adquieren la forma maniquea de conflicto jurídico dentro de un procedimiento (los resolverá), como de aquellos conflictos generales superlativos y culturales (no los resolverá, pero colaborará en el aprendizaje necesario para la evolución). La judicatura laboral puede hacer frente a la complejidad creciente del moderno Trabajo y también ayudar a que las tensiones que provoca no sean tan nocivas, a través de la sentencia laboral usada como una acción estratégica y gracias a las características que ésta posee como comunicación, las que luego desarrollaremos. Para ello, empero, es menester desarrollar una nueva forma de autocomprensión por parte de los Tribunales que resuelven los conflictos propios del mundo del Trabajo, que permita subrayar la importancia que posee el acto de adjudicación (potestad jurisdiccional normativa) y cual es un mejor sentido del ejercicio de la jurisdicción (potestad jurisdiccional directiva o instrumental) a través de la competencia especial.

Todo lo expuesto en los párrafos anteriores parte de una premisa ineludible: las sociedades aprenden. Para bien o para mal los sistemas como el de relaciones laborales, el jurídico y la judicatura aprenden y cambian.

Para entender como es que un específico acto de comunicación como es la sentencia laboral, puede tener efectos sobre los conflictos generales superlativos, es necesario recorrer un camino que va de lo específico (comunicaciones racionales diferenciadas) a lo general (ciencias y estructuras sociales) y a lo específico de nuevo (mundo de las realidades prácticas) como también de nuevo a lo general (estructuras sociales) y a lo específico (razonamiento).

5.3. El problema de la reflexividad como (con) causa de las diversas crisis en la sociedad postmoderna.

A continuación seguiremos un itinerario argumentativo que nos llevará a afirmar que los problemas sociales son problemas de racionalidad.

En un primer nivel de observación sólo existen los elementos. Luego, esos elementos son reflexionados y se les dota de sentido pasando a ser información; luego la información es comunicada formando un sistema. La modernidad presenta entonces dos problemas. El primero, a que ya hemos hecho estudio, es el de la complejidad³⁷⁶ y que se relaciona directamente con el Nivel cero, de los elementos. El segundo problema es con la reflexión, entendida como forma de pensar los elementos.

El mayor tratamiento reflexivo de los elementos se hace por lo que denominamos ciencias, las que sin embargo, presentan un problema en el tratamiento de la información, en la reflexión, con lo que se traspa información distorsionada a la posterior comunicación y a los sistemas que forma. Este problema deriva del objetivismo científico.

³⁷⁶ Supra. Cap I.

5.3.1. Objetivismo científico.

Las ciencias modernas presentan la característica de presentarse a si mismas como ciencias positivas, en donde lo real equivale a lo que es verificable por la vía empírica, la verdad corresponde a todo aquello que es objetivable y por tanto evidente y claro, aun olvidando la dimensión práctica de la razón.³⁷⁷ Este es el fenómeno llamado objetivismo científico.

El objetivismo científico tiene como consecuencia el racionalismo, que es la concepción unilateral de la racionalidad de corte positivista.

5.3.2. Racionalismo.

El racionalismo acuña el concepto de organización como conjunto de decisiones con sentido, pero objetivándolo de tal manera que se crea una comunicación que llamaremos racionalización y que importa racionalidad funcional, es decir, parcela los compromisos de cualquier actuación hacia un objetivo diferenciado.

La racionalidad funcional impide la correcta evolución de los sistemas que requieren su variabilidad, porque lo que debe cambiar es el contenido de la estructura y no la estructura misma (no se debe cambiar la racionalidad), porque lo que pretende la evolución es que se modifique la forma en que ejecuta la función (en este caso el racionalismo o racionalidad funcional) y no la función misma. No se plantea un cuestionamiento a la racionalidad, pues la racionalidad es un elemento inherente y distintivo del ser humano y no esperamos que la sociedad evolucione a través de algún instrumento que no provenga de ella misma, sino lo que hay es un cuestionamiento al racionalismo que no es otra cosa que una forma de presentarse la

³⁷⁷ La reacción es el subjetivismo irracional que constituye el extremo diametralmente opuesto de pensamiento: su afán se pone en lo no formalizable y considera la acción al margen de la razón.

racionalidad actual. Esta forma se configura hoy por una funcionalidad que solventa el término de racionalización, pero no de razón.

5.3.2.1. Consecuencia perniciosa del racionalismo: Desconexión entre ciencias y mundo de la vida.

El problema central de la reducción de lo real a la facticidad empírica es el olvido del fundamento de las ciencias, que no es otro de ser útil a la realidad cotidiana, a lo concreto, al día a día de cada individuo en particular, lo que se ha denominado “mundo de la vida”.³⁷⁸ Existe una desconexión entre el mundo de lo cotidiano y el mundo científico, producto de la concepción unilateral de la racionalidad. Es decir, si el racionalismo plantea como real lo positivo, lo demás (lo que cotidianamente no es reducible a factorización científica) resulta irrelevante quedando fuera tanto del discurso como del cálculo racional. “Las ciencias tal y como se elaboran ahora, en sus diversas disciplinas, están privadas de racionalidad última, efectiva (...). Es precisamente esta carencia de una auténtica racionalidad no-unilateral la fuente de esta oscuridad que se ha hecho insoportable, en la que el hombre se encuentra respecto de su propia existencia y sus tareas infinitas”.³⁷⁹ Estas carencias funcionales engendran precariedades a nivel de existencia, es decir, áreas de exclusión que afectan a los individuos (acceso a la justicia, salud, vivienda, brecha educacional...) y que deben ser superadas.

Se señala la profunda falta de sentido, concepto que ya hemos estudiado,³⁸⁰ en el mundo de las realidades inmediatas: “la crisis aparece con la desconexión entre el mundo objetivo – resultado de la actividad científica- que es considerado como real y el mundo vital que aparece

³⁷⁸ *Lebenswelt*. El concepto es de HUSSERL. Vid. HUSSERL Edmund. *Meditaciones Cartesianas*. FDE, México, 2005. Vid. también: PIZZI, Jovino. *El mundo de la vida*. Husserl y Habermas. Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez. 2005.

³⁷⁹ BAÑERES, L. Op.cit. p52.

³⁸⁰ *Supra*. Cap. II, 2.9.

como algo vacío de sentido y desprovisto de finalidad, cuando en realidad es el fundamento de toda actividad del hombre”.³⁸¹

Añade GALIANO que “obsesivamente, en los últimos veinte o treinta años, el proceso formativo y pedagógico, virtualmente en el mundo entero, ha venido privilegiando las aptitudes que habilitan para “ganarse la vida”; pero ha descuidado –tal vez sin que se adviertan sus consecuencias- las aptitudes que habilitan para “aprender a vivir” ”.³⁸²

5.3.2.2. La desconexión del plano teórico al práctico: desconexión entre estructuras sociales y mundo de la vida.

El racionalismo al ser una caracterización de la comunicación es traspasada al Nivel uno, nivel de las estructuras sociales de economía, tecnología y trabajo creando tecnoestructuras, cuya lógica está, a veces, profundamente separada del mundo cotidiano. Puede citarse, brevemente y a modo ejemplar, la tecnología y el desarrollo de medios de comunicación. Estos artefactos abundan en los hogares: tres o cuatro teléfonos celulares, uno o más computadores, muchos televisores, aún más cuentas de mensajería instantánea... sin embargo, en ese hogar la familia no se comunica.

“Bell considera que esto se debe a que la sociedad industrial –por ser una sociedad liberal- nunca ha sentido la necesidad de definir sus metas ni establecer una jerarquía de sus fines. El sistema de valores de la sociedad industrial se había centrado en torno al crecimiento económico. La rentabilidad y la productividad eran los únicos criterios de éxito y, por tanto, las primeras industrias del siglo XX se diseñaron “introduciendo la idea de racionalidad funcional, de economizar, como un nuevo modo de ordenar las relaciones sociales” ”.³⁸³

³⁸¹ BAÑERES, L. Op.cit. p52.

³⁸² GALIANO HAENSCH, José. Ética social fundamento y finalidad de la ética jurídica. Santiago, Chile. Ediciones ChileAmérica – CESOC. 2004.p30.

³⁸³ BAÑERES, L. Op. cit. p57.

Como el Derecho es la ciencia que regula masivamente las realidades inmediatas y como una realidad inmediata masiva es el Trabajo esta desconexión es constatable en ambos.

5.3.2.2.1. Desconexión entre Trabajo como tecnoestructura y mundo de la vida.

La falta de sincronía entre la ciencia y el mundo de la vida tiene especial notoriedad en materia laboral. “Por una parte está lo que se denomina tecnoestructura, que es la consecuencia de haber proyectado la lógica tecnológica y administrativa en las relaciones sociales y en la vida ordinaria; y, por otra, el mundo cotidiano de las realidades inmediatas. BERGER señala que el individuo se encuentra amenazado por la falta de sentido en el mundo del trabajo e incluso en las relaciones con otras personas. Advierte que la causa es la misma complejidad y difusividad de la economía tecnologizada.

También la Escuela de Frankfurt había acusado los fallos de la sociedad industrial, que viene a ser donde se ponen de manifiesto con mayor crudeza las deficiencias de la sociedad tecnológica. Para estos autores -Horkheimer, Adorno y Marcuse- el problema fundamental de la sociedad industrial se encuentra en el concepto de organización. La organización se concibe como el fruto de una racionalidad sistemática en la que el sistema absorbe toda la diversidad en función de una mayor eficacia.

La racionalidad se muestra, por tanto, en la disolución de lo diverso, de lo singular para la consecución de un *único fin* que es el de la organización. De modo que se busca una integración total –en la que cualquier diferencia tiene que ser anulada para garantizar la eficacia del sistema- la cual supone una renuncia a todo lo personal e incluso a la propia autonomía. Así pues, se produce una despersonalización de los miembros de la organización. El individuo es considerado como una pieza más dentro del sistema que sólo es útil renunciando a sus particularidades. La alienación advertida y criticada por estos autores es la disolución del individuo en el sistema, la anulación de toda diferencia personal”.³⁸⁴

³⁸⁴ Íd. p54ss.

La exclusión social de ciertos grupos es un resultado social inexorable al trabajar los sistemas con operaciones diversas: ¿Cómo es que la erradicación de la pobreza se puede valer de la misma lógica que el utilitarismo en la empresa?, ¿Cómo es que las mejoras salariales pueden coordinarse con la necesidad de apoyo económico que requiere el sistema político de parte del empresariado?

5.3.2.2.1.1. Deslegitimación social y desdiferenciación funcional del sistema de relaciones laborales.

La organización y la funcionalidad de los poderosos sistemas Económico y Político ha hecho que un sistema más débil como el laboral se instrumentalice a sus necesidades, y siendo el Trabajo un sistema de realizaciones personales para la supervivencia, éstas quedan insatisfechas y se produce una deslegitimación del sistema de relaciones laborales y éste comienza a desdiferenciarse. Su función de coordinar conductas sobre la fuerza de trabajo y bajo el compromiso es reemplazada y se desarrollan otras formas de trabajo en que ya no está presente el compromiso y/o la supervivencia (por ejemplo, aquellos que deciden “trabajar” como “mulas” en el tráfico de drogas, aquéllos que se someten a cualquier forma de explotación). Vemos que se produce un aprendizaje social desviado en el mundo del Trabajo.

En una mirada más fina de las interacciones sociales en el mundo del Trabajo es observable que las personas no sienten la presencia del otro; que no exista preocupación por la otra persona resultará en el irrespeto de sus necesidades. Es así como la cultura ciudadana en el marco de las relaciones laborales adaptará ciertas orientaciones poco felices como: no cumplir los empleadores con los derechos de previsión social y no reclamar éstos por parte de los trabajadores, considerar discriminatoriamente a los inmigrantes como mano de obra explotable, ver el trabajo como fuente de sufrimiento personal, apatía o incapacidad para la formación de sindicatos. Producto de esta situación será la contradicción enorme entre el avance tecnológico y científico, y la incapacidad para orientarlo al servicio de las personas a través del Trabajo.

5.3.2.2.2. Descoordinación y búsqueda de coordinación: el Derecho.

La diferenciación funcional de los sistemas implica *per se* la creación de lógicas disyuntivas que se transmiten como información en las comunicaciones; la Economía actuará según su propia lógica, la Política actuará con su propia lógica, la Moral actuará con su propia lógica, el Trabajo... Incluso un mismo sistema puede actuar con diferentes lógicas en sus propias subdivisiones, como es el caso del Derecho en que el sistema judicial actúa de forma distinta al sistema legislativo pese a que ambos son parte del Derecho. Es por esto que la racionalidad como racionalidad funcional va a crear una complejidad creciente y encima organizada, es decir, ya no habrán sólo elementos en el mundo sino relaciones de estos elementos unidos por sólidas lógicas de organización funcional.

Todo lo anterior significará que exista una diferencia de ritmo en el movimiento de los sistemas. Volviendo al esquema de niveles repasaremos que la variación del Nivel cero, nivel de elementos causa una variación en el Nivel dos, nivel de la cultura porque crea nuevas formas de vida, las que a su vez causan una modificación en el Nivel uno, nivel de las estructuras sociales, como el Trabajo. Todas estas relaciones descoordinadas van a causar, finalmente, problemas “gerenciales” o de dirección, es decir, van a estresar el Nivel tres, de la política que debe resolver los problemas.³⁸⁵

Los problemas gerenciales son problemas de orden de elementos, lo que significa problemas de información, ergo, de sentido, en definitiva: de racionalidad comunicada. Esto nos devuelve nuevamente a las **Ciencias**. ¿Por qué? Por que son la instancia más reflexiva de tratamiento de información, pero en este caso la remisión no es a cualquier ciencia, sino a la que se ubique en el Nivel tres, nivel de la política y que por ende está destinada a resolver los problemas relacionales. Esa ciencia es el Derecho.

5.3.2.2.2.1. El Derecho Laboral como coordinación.

³⁸⁵ Supra. Cap. III, 2.1.1.

En el contexto del Derecho Trabajo, notamos que se repite la idea primaria de la teoría sistémica clásica de relaciones industriales: “Un sistema de relaciones industriales se puede emplear como herramienta de análisis, como en estática comparativa, para explorar la relación entre los cambios en los elementos del sistema y los cambios en las normas. Un cambio significativo en la tecnología, en contexto presupuestario o del mercado, en la condición de los actores, o en la ideología del sistema podrá presumirse que modifique una o más normas. Existe un lugar significativo en la disciplina de las relaciones industriales para las proposiciones deductivas, verificadas por la comprobación empírica, que relacionan los cambios en el sistema con los cambios específicos en las normas”.³⁸⁶

5.3.2.2.3. Desconexión entre Derecho como tecnoestructura y mundo de la vida.

El Derecho como ciencia no es ajeno al vicio que se presenta en otras ciencias, es decir, hay una desconexión entre el mundo científico-jurídico y el mundo de la vida: las leyes penales y la llamada “puerta giratoria”; la reforma a los Tribunales de Familia sin que exista la coherente adecuación de las instituciones ligadas al Servicio Nacional de Menores para soportarla; la falta de fiscalización en materia laboral, son algunos ejemplos. Pero, el derecho además le añade otra característica al problema de la desconexión, amplificándolo: le otorga normatividad. De ahí que las expectativas escindidas de la realidad se hacen contrafácticas, testarudas: si se vulneran, se espera que se restablezcan. Esto no ocurre en las otras ciencias donde las expectativas defraudadas deben corregirse y no mantenerse.

La explicación a este comportamiento del Derecho viene dada por su apertura cognitiva hacia el entorno. Dicha apertura cognitiva lo lleva a tomar informaciones divergentes de todos los ámbitos y a cumplir sobre ellas su propia función: juridificarlas.

En el contexto recién señalado aparece que el conocimiento es un problema, en particular, el conocimiento teórico y la forma de pensarlo: ¿cómo organizar los volúmenes de

³⁸⁶ DUNLOP, John. Op. cit. p284.

información que día tras día se obtienen sobre los procesos de producción, la elaboración de fórmulas industriales, las investigaciones sobre recursos humanos, las estadísticas relativas a los comportamientos del mercado, las nuevas leyes?. Por eso, no erramos al sostener que “el conocimiento en la sociedad postindustrial se convierte en el eje en torno al cual se organiza la nueva tecnología, el desarrollo económico y la estratificación de la sociedad”.³⁸⁷ Luego, como el conocimiento se aplica perniciosamente sólo al conocimiento, los avances tecnológicos y comunicacionales crean o profundizan la exclusión y precariedad observada en la sociedad tecnologizada en general y en el mundo del Trabajo en particular.

El derrotero seguido no nos indica otra cosa que los sistemas utilizarán la información de la forma en que les sea útil a sus funciones, esa es la base de su aprendizaje. Fomentarán el raigambre de lo que ya saben. No existirán razones del desprendimiento de *razones de praxis*, ni motivaciones psicológicas para los sistemas sociales, lo que acarrea la indiferencia de cada sistema respecto de los otros y de lo cotidiano, de los individuos y sus relaciones particulares. Incluso el Derecho es indiferente en sus consecuencias hacia el hiperciclo social. No obstante aquello, sigue siempre cumpliendo su función de generalización y estabilización de expectativas, por tanto, puede operar en mejor posición que ningún otro con la redundancia de información de los otros ámbitos. Sin embargo, sigue teniendo la funesta desconexión, lo que significará que en demasiadas ocasiones las regulaciones jurídicas que se tomen en materias laborales, no van a satisfacer las necesidades de trabajadores y empleadores consistentemente, lo que se proyectará en más inflación legislativa y en normativa que no se respetará.

Ahora bien, se dice que dos son los paradigmas que han determinado el derecho moderno: “el paradigma burgués de derecho formal y el paradigma de estado benefactor de derecho materializado. El primero, que puede denominarse paradigma burgués-liberal. Reduce la ley a formalidad legal y la justicia a igual distribución de derechos, mientras que el segundo, que puede designarse paradigma de bienestar social, reduce la ley a políticas burocráticas y la justicia a justicia distributiva.

Tales posiciones son reflejadas por dos perspectivas opuestas de aproximación al derecho: la deontológica y la teleológica. La perspectiva deontológica establece lo que es justo

³⁸⁷ BAÑERES, L. Op. cit. p56.

mientras que la teleológica determina objetivos sociales según una concepción del bien prevaleciente.

Ya vimos que HABERMAS señala que sólo la perspectiva deontológica basada en una racionalidad discursiva puede ser legítima en una sociedad pluralista,³⁸⁸ sin embargo, olvida “el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso y de qué manera es a través de ella, es decir, es a través “del poder comunicativo de la sociedad civil, que es posible inferir discursivamente los contenidos normativos –no sólo legal-argumentativos- de los procedimientos y productos jurídicos”.³⁸⁹

6. Posición estratégica de los Tribunales del Trabajo para resolver los problemas planteados de: reflexividad, desconexión de sentido y aprendizajes sociales desviados.

Veremos como la sentencia constituye un modo de acción estratégica que permite la solución a los múltiples problemas planteados, a saber: los de reflexividad, los de desconexión de sentido, y los aprendizajes sociales erróneos. Por eso los Tribunales son necesarios como estructuras internas de consistencia, porque son el lugar donde se va decidir lo que en verdad es indecible en una sociedad contingente, plural y compleja (porque si fuera decidible ya estaría decidido), pero cuya decisión obstante será justa (en el sentido de no poder tratar de manera desigual casos iguales). En eso se resume el problema de la certeza jurídica, en que la oscilación entre derecho / no derecho está controlada por una sentencia justa.

6.1. La sentencia laboral como acción estratégica.

³⁸⁸ Supra. Cap. VI, 4.1.2.

³⁸⁹ MEJIA, O. Op. cit.

6.1.1. La sentencia laboral como reflexividad ante la racionalidad funcional de los sistemas.

Entonces, según lo expuesto a lo largo del punto anterior, “el surgimiento de la sociedad postindustrial plantea la necesidad de reconciliación entre saber y trabajo y a su vez pone de manifiesto la dimensión social de la problemática. ...las deficiencias de la sociedad tecnológica han sido fruto de una racionalidad menguada, ya que el principio de racionalización de la sociedad moderna, ha seguido como modelo la racionalidad tecnológica que supone un desarrollo unilateral de la razón. Se hace necesario recuperar todas las dimensiones de la razón para que ésta sea capaz de alcanzar y abrirse a todos los ámbitos de la realidad (...) Este reduccionismo de la razón se resolvería mediante una recuperación del concepto de praxis –en la acepción clásica del término- que, por otra parte, es el único modo de recobrar el sentido de la acción humana”.³⁹⁰

Las nuevas tecnologías aportan nuevos saberes que son elementos cognitivos, **humanos**, que se insertan y configuran en las actividades productivas liberándolas de su carga material. De este modo el Trabajo moderno es ante todo un juego de personas, con la consecuencia de poder observarse que, “es precisamente la razón práctica, en cuanto razón corregible, la dimensión que urge recuperar para entender adecuadamente la acción humana y, en consecuencia, todo lo que haga referencia a las relaciones interpersonales. Es la razón práctica la que está intrínsecamente vinculada con la naturaleza perfectible del hombre y con su dimensión social”.³⁹¹

Ahora bien, una sentencia judicial corresponde a una expresión de razón práctica. Si bien todo el Derecho corresponde a un conjunto de razones prácticas, sólo la sentencia judicial es obligatoria (y lo es doblemente: al principio debido a la inexcusabilidad, y al final debido al imperio). Entonces, la sentencia reúne las características de comunicación racional que da sentido de orden a cualquiera amalgama de elementos, y que además dota de obligatoriedad a ese sentido.

³⁹⁰ BAÑARES, L. Op. cit. p59-60.

³⁹¹ Ídem. p63.

Los problemas que proyecta el Trabajo en el mundo cotidiano son, en realidad, introyecciones de los problemas de desconexión que presentan las otras ciencias con el mundo de la vida y que convergen en una cotidianidad particular omnipresente: el Trabajo. Por ejemplo, los problemas de previsión, de vivienda, de comunicación, de transporte, de salud, de privacidad; de carencia de ergonomía, de carencias estéticas, afectivas; son todas cuestiones vinculadas a otros ámbitos que existen con independencia de la experiencia laboral, pero que cuando se proyectan en ella la condicionan en su forma, y que devueltas al entorno se retroalimentan. Por eso decimos que un tipo de trabajo da origen a un tipo de vida y un tipo de vida da origen a un tipo de trabajo.

No obstante lo anterior, la sentencia no es una comunicación que sirva como síntesis entre las razones prácticas de la vida material y la racionalidad funcional de los sistemas sociales, porque en un mundo de complejidad la síntesis no es posible. En lo que nos convoca, la sentencia laboral no constituye una panacea que resuelva las miserias del Trabajo que sean producto de las diferencias de intereses que presenten los otros sistemas y que se impongan sobre el Trabajo. Por definición la sentencia sólo resolverá los conflictos jurídicos que se susciten entre los involucrados en una relación de Trabajo, en particular. La ventaja de la sentencia es que, en los casos particulares, puede sobrepasar cualquier lógica parcial debido a lo siguiente:

a) no es un conjunto de razones prácticas que sustenten una decisión, sino que es una decisión equivalente a una razón práctica.

b) al ser obligatoria *per se*, supera cualquier racionalidad funcional sin que le importe lo que diga la lógica fragmentaria.

c) como es obligatoria, es la única comunicación social que puede modificar los contenidos de sentido entregados por las otras comunicaciones y devolverlos con el cambio al ámbito correspondiente ya realizado.

Estas características del acto adjudicatorio van a permitir que exista justicia en las decisiones de los casos particulares, sin embargo, todos estos efectos se darán dentro del entramado de comunicaciones jurídicas (el Derecho) y no significarán, como comunicaciones jurídicas que son, una determinación del desarrollo de ningún otro: Sistema de Trabajo, Político o Económico. Ni una, ni cien sentencias resolverán los problemas propios de la escindida mentalidad de la sociedad actual; no pueden sintetizarse las racionalizaciones funcionales que condicionan al Trabajo y la razón práctica de la vida diaria con la pura sentencia laboral, sólo pueden transformarse esas diferencias en *mejores diferencias*. A este respecto, autores señalan que “la función integradora del derecho sigue siendo objetable, al menos desde la perspectiva de una sociedad moderna que no posee centros desde los cuales coordinar todos los posibles estados de los social. Si bien la coevolución de los sistemas sociales hace dable pensar que a partir de las transformaciones en el orden legal se produzcan transformaciones en los sistemas-en-el-entorno, no es posible suponer que en un sistema parcial de la sociedad se resuma y se simplifique la complejidad inherente a la sociedad moderna”.³⁹² El Derecho, y en nuestro caso el Derecho del Trabajo como comunicación jurídica, sólo puede cumplir su función de generalizar y estabilizar expectativas.

No obstante lo expuesto, vislumbramos la capacidad de actuación de la sentencia laboral dentro del mismo sistema de relaciones laborales debido a su constitución como parte del orden narrativo de ese sistema.

6.1.2. La sentencia laboral como parte del orden narrativo del Trabajo ante problemas de desconexión de sentido y aprendizaje social.

Una teoría del sentido como la que se sustenta en esta investigación implica ir más allá del significado de las cosas y situarse en el plano de la significación o del proceso que lleva a darle ese significado.

³⁹² CADENAS, Hugo. Derecho y Sociedad: ¿es posible la integración social mediante el derecho? En: FARIAS, Ignacio. OSSANDÓN, José (ed). Op. cit. p280.

La sentencia laboral pasa a formar parte del orden narrativo del sistema de relaciones laborales, eso explica la flexibilidad que en ella toma la racionalidad. “En las explicaciones narrativas, los actores se reconocen a sí mismos y a los otros, y sin embargo, se encuentran vinculados a un mundo de reconocimiento recíproco.

Tales órdenes narrativos pueden hasta incluir tipos de acción y conocimientos racionales. La acción racional, se convierte en significativa en el orden narrativo de una interacción social. La racionalidad es entonces sólo un caso especial de lógica de acción más abarcadora. [Así por ejemplo], lo que las instituciones hacen y piensan no es más que usar modelos de racionalidad de acción para racionalizar lo que ellas están haciendo, para dar una explicación narrativa de su racionalidad”.³⁹³

Los órdenes narrativos albergan las más profundas concepciones culturales. Dentro de ellos pueden observarse con claridad los problemas de desconexión de sentido que afectan a áreas de conocimiento como el sistema de relaciones laborales. También pueden apreciarse sus procesos de aprendizaje social y la manera en que se desdiferencia y deslegitima.

Ahora bien, ya vimos que dentro del sistema jurídico los tribunales se han diferenciado también, reconociéndose los tribunales ordinarios, los especiales y los arbitrales.³⁹⁴ En esta división se atiende principalmente a una razón de materia, de la cual se derivan razones para darles estructuras diversas, tanto orgánicas como procedimentales. A ambas diferenciaciones debemos agregar otra diferenciación que es primaria y esencial y, ante todo, es funcional, ergo, reconocemos que es producto de la basal diferenciación de los sistemas sociales: la comunicación. Luego, una diferenciación basada en la propia actividad operativa de la judicatura laboral es ante todo una peculiaridad comunicativa, resultando que las peculiaridades orgánicas y procedimentales de los tribunales del trabajo son instrumentales a esta peculiaridad comunicativa, pues en su génesis la judicatura laboral no es más que un orden emergente de comunicaciones autolegitimadas en su diferencia.

³⁹³ KLAUS, E. Op. cit. p22.

³⁹⁴ Supra. Cap IV.

Esta peculiaridad comunicativa, a su vez, es conclusión de la fusión entre los sistemas sociales de Derecho y Trabajo, fusión que no significa otra cosa que una reunión de sus respectivas funciones, aunque no sea en términos sincrónicos. Lo que tendremos entonces en el Derecho del Trabajo es una generalización y estabilización de las expectativas normativas relativas a los de procesos conductuales de orden de los elementos utilizables en el Trabajo y una ordenación de los elementos utilizables en el Trabajo, pero no como síntesis sino como diferencia.

Como actividades comunicativas tanto el Derecho como el Trabajo cargan informaciones. El mensaje informativo es entendido como un contenido de sentido que será recibido por el interlocutor y comprendido por él, ergo, tendrá consecuencias en sus acciones, y aunque no tenga consecuencias causales directas en el actuar del sujeto, siempre tendrá consecuencias como factor integrante de la comunicación variando el gradiente. En el particular, la comunicación que genera el Derecho del Trabajo servirá como reductor de la alta complejidad del mundo en el ambiente laboral, permitiendo guiar las preferencias individuales en base a apoyos institucionales acordes a las convenciones sociales vigentes aumentando las probabilidades de éxito en el actuar. En tal sentido las fluctuaciones que pueden darse en las dimensiones sociales extrajurídicas a través del actuar de la jurisprudencia (ya veremos como es que el ejercicio de la potestad jurisdiccional importa una doble comunicación: jurídica y laboral) significan una revisión, reflexión, problematización y actualización de ciertas ideas cruciales para la sociedad, como por ejemplo ¿qué es el Trabajo en una sociedad democrática como la nuestra?, pues se trata de cuestiones de sentido y de aprendizaje social, en fin: de cuestiones culturales.

6.1.3. Dualidad comunicativa en el ejercicio de la jurisdicción laboral.

Dos comunicaciones diferenciadas significan la aparición de dos sistemas diferenciados. Creemos que en la práctica judicial es posible distinguir una dualidad de procesos informativos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. La primera es la potestad jurisdiccional normativa que posee características básicas de obligatoriedad y relatividad, ya revisadas. La segunda es una potestad no normativa pero sí comunicativa. Esta distinción se fundamenta en el concepto de

potestad, que conforme a las reglas lingüísticas es definida como la capacidad o habilidad del sujeto que ejecuta actos de habla, en nuestros términos, comunicaciones. La potestad comunicativa forma una segunda esfera de comunicación social que al estar entroncada con la jurisdicción misma se refuerza simbólicamente, no en el puro ámbito jurídico, sino en el hiperciclo social.

Es evidente que la sentencia importa una creación de sentido para el caso que resuelve y que también lo hace para casos futuros. Empero, ésta es una cuestión de comunicación recursivamente jurídica que cae en el código conforme a derecho / no conforme a derecho, mientras que a lo que deseamos hacer referencia es a la creación de sentidos sociales extrajurídicos bajo códigos de director/dirigido, donde su existencia se justifique por sí misma en cada operación del sistema de Trabajo y no en función de la norma jurídica y el Derecho.

De esta manera la sentencia se presenta como un acto de comunicación laboral reflexivo y no obligatorio que:

- no logra superar las lógicas parciales,
- pero como estas lógicas no son obligatorias *per se* (a diferencia de la sentencia como comunicación jurídica), no se doblega necesariamente ante ellas,
- por lo que la sentencia pasa a ser parte del conjunto de presupuestos factuales sobre los que deberá trabajar cada sistema parcial,
- lo que permite que el mismo sistema autorreflexione sobre la información introducida.

Esta franja diferenciada de comunicación laboral se desarrolla con la necesidad de fundamentación de la sentencia. La expresión “legitimación social de la sentencia” no debe ser entendida de manera unilateral, no se trata sólo de que la decisión expresada en la sentencia de tribunales laborales sea susceptible de ser entendida por la comunidad, sino también que ella es susceptible de ser pronunciada por los tribunales por así ser entendida por la comunidad. Es a través “del poder comunicativo de la sociedad civil, que es posible inferir discursivamente los

contenidos normativos –no solo legal-argumentativos- de los procedimientos y productos jurídicos”.³⁹⁵

El ámbito de la sociedad extrajurídica o sociedad civil o comunidad de Trabajo es el que determine el otro lado de la forma de las decisiones jurídico-laborales, que hace posible su existencia y que permite, en la praxis, el cumplimiento de la obligación de unidad y coherencia del Derecho del Trabajo, pues sólo así el tribunal es capaz de encontrar la mejor comprensión de los principios más básicos expresados en una línea de casos y al mismo tiempo respetar el caso particular. Se trata, por supuesto, de la construcción de un mundo de comunicaciones específicamente laborales, que si bien son reconocidas como legítimas por el derecho, arrancan su validez de su autorreferencia aceptada como tal y no construida por ajenos mandatos.

6.1.3.1. El uso de la sentencia laboral como medio de comunicación simbólicamente generalizado.

Ahora bien, si la imperfección del derecho que se manifiesta en la falta de cumplimiento y de ejecución de las sentencias es una cuestión normal que debe ser aceptada (y que aceptamos resignadamente en material laboral), esta misma carencia en uno de los momentos jurisdiccionales denota que la actividad judicial, aun habiendo sentencia de por medio, es algo más que el tradicional ejercicio de jurisdicción.

La selección de información laboral, o lo que se quiere expresar en una regulación normativa, es en principio materia del Derecho, pero para que pueda encontrar atención en los actores directores/dirigidos, dicha información debe actuarse. Esta notificación de la información se hace de diversas formas: discursos políticos, publicación de leyes, sentencias, en todo caso, de forma simbólica expresada en un hacer en el mundo. Esto requiere de una estandarización que anteceda a ambos y permita conectividad por estar integrada en el universo significativo de todos los actores, asegurando su acceso. Para aumentar las probabilidades de éxito están los medios de comunicación simbólicamente generalizados, entre ellos: dinero, poder, amor, validez

³⁹⁵ MEJIA, O. Op. cit. p10.

jurídica. Los medios pueden ser definidos como constelaciones significativas de selectividad coordinada que proveen expectativas complementarias, entendimientos comunes y temas determinables, de modo que promueven el éxito de la comunicación a pesar de las diferencias entre alter y ego. Es decir, cuando se está en presencia de ellos ya se sabe más o menos que esperar y más o menos que vivenciar.³⁹⁶

Por eso si aceptamos la dualidad de comunicaciones en una sentencia laboral, vemos que se trata de actividades sociales (jurídicas y laborales) que causan entendimiento, se desarrollan conjuntamente y de manera mutua se generalizan. Se trata, en definitiva, de simbolizar el medio “compromiso” del sistema de relaciones laborales a través de un medio ya simbólico y general: la validez jurídica última contenida en la sentencia laboral. La diferencia se encuentra en el grado de exigibilidad que no es simétrico: mientras la sentencia requiere legitimación social *sine qua non* para existir, la legitimidad social sólo obtiene de la sentencia apoyo para subsistir y puede ser discordante con aquella hasta cierto punto. En este sentido, el derecho sólo se apoya en la validez del mismo Derecho, en cambio los otros sistemas sociales deben soportar además al Derecho para subsistir. Sin embargo, el origen de contenidos normativos debe quedar determinado por la emergencia de la propia comunicación laboral.

De todas formas recalamos que la sentencia laboral no implica una causalidad determinista sobre el sistema de relaciones laborales. “Es decir, las constelaciones emergentes de medios simbólicos operan también de modo no lineal sobre la acción entre ego y alter. Ambas siguen conservando su autonomía”.³⁹⁷

Entonces, decisiones de Tribunales del Trabajo, como comunicaciones jurídicas resuelven conflictos jurídicos en base en a la distinción conforme a derecho / no conforme a derecho en una relación laboral. Además, dentro y fuera de la jurisdicción repercuten con el código puramente laboral en las decisiones futuras en cuanto son informaciones definidas, comunicadas y entendidas. La recursividad que mantiene en autopoiesis el sistema se da por el gradiente de información entre la instrucción del empleador y la ejecución libre del trabajador.

³⁹⁶ MASCAREÑO, A. *Acción estructura y emergencia...* Op. cit. p245.

³⁹⁷ Ib.

Luego, se repite y amplifica por una sentencia laboral, porque la información que ésta carga modifica las anteriores: comunicación que genera más comunicación de forma diferenciada. Por supuesto, es imposible que se determinen sus resultados en los otros sistemas debido a lo imprevisible del futuro y la clausura, pero una comunicación de éste estilo queda dentro de la clausura de operación, porque es una operación del mismo Trabajo, y no se trata de comunicación jurídica que pierda intensidad al recorrer el hiperciclo social como lo señala TEUBNER.³⁹⁸

En la práctica la recursividad de informaciones laborales se grafica como un reconocimiento recíproco de tres actores: director-dirigido-Tribunales laborales. Este reconocimiento significa la emergencia de una cultura jurídico-laboral para la sociedad; v. gr., cuando un empleador ante una instrucción de legitimidad dudosa, consulte a su abogado y éste dé su respuesta conforme a lo que un Tribunal decidiría y no, a lo que la ley prescriba. Habida esta consideración comunica su instrucción al trabajador, y se produce el gradiente de información necesario para que el sistema continúe funcionando y se entronque a los presupuestos de un Estado democrático de derecho.

Se trata, entonces, de reconocer y asumir el rol cultural protagónico que corresponde a los Tribunales del Trabajo en el desarrollo social y que puede ser ejercido sólo desde la posición que les corresponde, pero desde la cual es posible construir sentido desde el centro mismo del Derecho: la sentencia. Sea cual sea el significado de “tradicción cultural” lo importante va a estar en la interacción e institucionalizan de una sentencia laboral como medio simbólico de validez jurídica y de compromiso laboral, pues este último siempre será un orden que emerge de la interacción. La dinámica de esta interacción se ve asegurada pues todos los días se dictan sentencias en Tribunales del Trabajo.

6.1.3.2. El papel de la argumentación.

³⁹⁸ Supra. Cap. III, 2.2.2.

En nuestro Derecho el estilo de comunicación de Tribunales es de un alto grado de formalidad: su razonamiento parte de una premisa que es inicialmente identificable como texto legal general, el que por medio de consideraciones abstractas se aplica al caso particular. Se trata de un trabajo intelectual bastante pobre y donde la argumentación es de dominio esencialmente exegético. La formalidad y lógica sucinta de las sentencias hacen difícil el desarrollo de un estilo que posibilite la creación de sentido más allá del conflicto, toda vez que están estructuradas sólo para resolver el particular siendo, en este sentido, superficiales. Un estilo más retórico en la argumentación significará una semántica más rica, una mayor capacidad para la creación de entramados emergentes que como comunicaciones son actividades sociales, y una mayor capacidad para desarrollar las particularidades del caso en igual o mayor medida que las consideraciones normativas generales, permitiendo construir por abstracción la clase de casos futuros para los cuales existe una línea de fundamentos jurídicos de adjudicación.

De este modo la creación de sentido en los ámbitos extrajurídicos es el resultado de una operación de generalización y universalización restringida de la sentencia, es decir, se amplía su alcance mucho más allá del caso específico a casos que compartan ciertas propiedades y sólo estas ciertas propiedades.

El razonamiento jurídico dentro del deber de fundamentar las sentencias puede diferenciarse en justificación interna y externa, cuyos alcances ya han sido analizados³⁹⁹. El deber de fundamentar las sentencias exige que la conclusión en que se resume el juicio jurídico sea lógicamente derivable de las premisas que le sirven de base (justificación interna) y que estas (las consideraciones de Derecho) sean válidas como normas jurídicas de acuerdo a criterios procedimentales de validez (justificación externa).

En ningún caso la fundamentación solicita que la argumentación se transforme en justificación de las razones de la decisión, pues “ello conduce a pura tautología: uno se podría preguntar por los fundamentos de las razones que fundamentan la argumentación que fundamenta la decisión. Si se opta por esto, se cae además en el campo de los principios, con lo que ya se está fuera del derecho y se atiende por construcciones basadas en ‘la moral’, ‘la ética’ o ‘la razonabilidad’, con lo que la tautología aparece nuevamente en *la razonabilidad de las*

³⁹⁹ Supra. Cap. VI, 2.

razones. La argumentación jurídica tiene por función producir redundancia ante la variabilidad con que se presentan los casos al Derecho. Lo particular no es único si su forma se ha presentado en la argumentación, es decir, si se es redundante en lo que ya se sabe (la decisión). Esto independiente de si se trata del *common law* o de la tradición continental. La argumentación otorga unidad a decisiones distantes entre sí, lo que facilita la autorreferencia del derecho y refuerza la fórmula de contingencia *justicia* como su autodescripción, siempre que justicia se entienda como consistencia en las decisiones jurídicas”.⁴⁰⁰

Hay espacio para destacar que estamos fuera del realismo jurídico porque, claro, no nos fijamos la potestad jurisdiccional sólo como potestad normativa, sino también como potestad comunicativa y además soslayamos el concepto de “fuente del derecho” por considerarlo multívoco e impreciso. La teoría sistémica expuesta entiende la sociedad como un orden emergente de comunicaciones, donde los estándares normativos son rendimientos propios de la sociedad y no elementos de la comunicación o ideas regulativas, por eso la pregunta por las fuentes del Derecho resulta irrelevante.

6.1.3.3. Independencia interna y unidad de las decisiones judiciales.

Hay un problema dado por dependencia psicológica que poseen los jueces de instancia respecto de los Tribunales Superiores. Este problema obsta el aprendizaje social por medio de la actividad jurisdiccional.

Observamos que existe tensión entre dos principios que informan las Bases del Ejercicio de la Jurisdicción: el principio de jerarquía y el de independencia. Sobre la ordenación jerárquica no es necesario extenderse porque las consideraciones son las inmemoriales, pero sobre la independencia debemos recalcar que se subdivide en: independencia orgánica o política (consiste en que el Poder Judicial goza de autonomía frente a los demás poderes del Estado, sin que exista dependencia jerárquica de éste respecto del ejecutivo o legislativo), independencia funcional (el ejercicio de la jurisdicción se desempeña sin que los otros Poderes del Estado se

⁴⁰⁰ MASCAREÑO, A. *Una rosa es...* Op. cit. p 306.

inmiscuyan en este ejercicio), e independencia personal. La independencia personal, importa que las personas que desempeñan la función jurisdiccional, a quienes llamamos Jueces, son enteramente autónomos del resto de los Poderes del Estado y dentro del mismo Poder Judicial, para efectos de construir la sentencia.⁴⁰¹

Los Jueces del Trabajo son totalmente independientes al momento de dictar la sentencia, sin embargo, es constatable que los jueces de instancia construyen sus sentencias de acuerdo a los criterios de los Tribunales Superiores. Por supuesto, esto reproduce el principio de unidad del ordenamiento jurídico y es acorde con la mantención de su coherencia. No puede ser de otra manera, ya que la mayoría de los casos corresponden a casos rutinarios y al mismo Derecho le toca mantener la rutina. Sin embargo, esta forma de actuación es nociva cuando se presentan casos no rutinarios: no puede ni debe mantenerse el criterio normativo de un superior jerárquico (ni siquiera de la Corte Suprema) cuando ese criterio no es aplicable al caso particular, porque eso no es justo. Cuando un Tribunal del Trabajo dicta una sentencia de esa manera no está manteniendo la coherencia del Derecho porque vulnera de la forma más básica el principio de justicia. El dictamen de un Tribunal Superior no es un criterio normativo debido al principio de relatividad de las sentencias. Tampoco puede argumentarse la justicia intrínseca de la decisión del superior como criterio normativo, porque la justicia no es un criterio normativo.

Pese a las razones expuestas en los párrafos precedentes, existe una dependencia psicológica de los jueces de primera instancia que socava el principio de independencia personal. Creemos que se trata de una incomprensión por parte de los magistrados de la manera en que se produce la unidad del sistema jurídico, la cual debe siempre realizarse afrontando la sucesión temporal de casos con que se enfrenta el sistema. La unidad se logra mediante la argumentación.

6.1.4. Creación social de sentido por la sentencia laboral.

⁴⁰¹ MATURANA, Cristián. Los órganos jurisdiccionales (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2006. p17ss.

La tensión provocada por la complejidad sistémica se resuelve en el dominio de la adjudicación: es través de esta franja por donde pasa la validez, legitimidad y eficacia de un sistema social como el de relaciones laborales.

Ahora, cuando se relacionan los problemas de la certidumbre inestable y de la incertidumbre estable aparece la construcción de sentido. El sentido es una forma para la ordenación de la conducta humana atribuyendo significado por medio de la recopilación de información y de la experiencia. El sentido está constituido por la conjunción de un alter y un ego, que objetivamente se identifican y diferencian.⁴⁰²

En el plano de los sistemas sociales se ha reconocido la composición de la dimensión del sentido bajo la siguiente fórmula: “ego y alter se personalizan, es decir, se identifican como determinados sistemas sociales para fines de atribución, lo que permite a ambos interlocutores utilizar ambas perspectivas, la de ego y la de alter, sucesiva o separadamente, y decidir bajo que perspectiva se habla”.⁴⁰³ Existe la posibilidad de metadefinir las perspectivas.

La fórmula anterior corresponde a una evaluación de un primer nivel de referencia para la creación del sentido. Se trata pues de la referencia básica que permite la significación como sentido. Sin embargo, es reconocible otro nivel basado en la reflexividad (como cálculo de forma de la acción) y en la exigibilidad de las expectativas. En efecto, es posible tener expectativas en cualquier interacción social guiada por el sentido, pero se hace necesaria una distinción anterior entre cooperación y conflicto, ya que ambos tipos de interacción (cooperación o conflicto) sólo son posibles donde hay posibilidad de expectativas que sean coadyuvadas o resistidas. Una teoría del sentido implica ir más allá del significado concreto de las cosas y situarse en el plano de la significación o del proceso que lleva a darle ese significado. Esta es una teoría del aprendizaje.

6.1.4.1. Aprendizaje y evolución social a través de la sentencia laboral.

⁴⁰² Supra. Cap. II, 2.9.

⁴⁰³ LUHMANN, N. *Sistemas sociales...* Op. cit. p99.

Bajo estas premisas el aporte de la sentencia laboral a los demás sistemas es grandioso: funciona como **activador del proceso evolutivo**⁴⁰⁴: “Parece ser que las sociedades aprenden sólo bajo ciertas condiciones específicas, a saber, cuando una incertidumbre básica permea a la sociedad y destruye el ordenamiento básico de las experiencias con el mundo natural, social y psíquico”.⁴⁰⁵

El aprendizaje “ocurre en situaciones en las cuales los procesos de interacción producen efectos que modifican el conocimiento colectivamente compartido. La respuesta más general a la pregunta “cómo ocurre” es que en las situaciones sociales se genera algo nuevo.”⁴⁰⁶

Ante las situaciones de incertidumbre respecto de su experiencia institucionalizada, “las personas, organizaciones e instituciones deben reorganizar sus reglas. En fases de rutina, el sentido común, el conocimiento organizacional e institucional son suficientes para crear la diferencia entre lo verdadero y lo falso, lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo. En fase de crisis, tales distinciones se vuelven más difíciles. Las reglas cognitivas para hacer esto no pueden ya ser aplicadas sin incertidumbre”.⁴⁰⁷

En definitiva el aprendizaje es una reacción de los seres humanos hacia las incertidumbres respecto de su experiencia institucionalizada. Entonces, las sociedades aprenden cuando su orden narrativo no provee el contexto necesario para rutinas y órdenes normativos.

Como se aprecia el aprendizaje social no es, por lo tanto, una forma de acumulación de conocimiento sino una forma de organización y reorganización de reglas para la acumulación de conocimientos. Dentro de este contexto es que la sentencia laboral se ubica como una relación social reorganizadora, capaz de abrir espacios de comunicación que permitan la creación de nuevas formas de conocimiento o la reconstrucción de las antiguas.

⁴⁰⁴ Supra. Cap. III, 1.

⁴⁰⁵ KLAUS, E. Op. cit. p21.

⁴⁰⁶ Íd. p22.

⁴⁰⁷ Íd. p28.

De ahí que la sentencia sea aprendizaje, pues cuando el aprendizaje ocurre produce resultados específicos: “El aprendizaje cambia a) los marcos y creencias normativas básicas que guían la acción social o b) el conocimiento empírico acerca del mundo, utilizado como recurso en la acción social”.⁴⁰⁸ Luego, el aprendizaje u oferta de variedad es presupuesto de la evolución social. Se pueden comunicar, por ejemplo, nuevos derechos laborales, pero éstos deben hacer sentido a otras estructuras políticas y jurídicas, para que así esas estructuras se adopten a estas nuevas formulaciones.

6.1.5. Evolución I.

Luego del aprendizaje no es que los individuos se provean de nuevos significados y nuevas reglas para seguir adelante, sino que las relaciones se reorganizan y abren espacios de comunicación para crear nuevas formas de conocimiento.

En efecto, la sentencia como selectividad reductora última desplaza propósitos y reubica factores a través de la introducción de cambios en las comunicaciones, a través de un “NO” a la comunicación institucionalizada de cualquier sistema. Así la sentencia logra transformarse en amenaza de cualquier sistema, éste último que al ver amenazada su autonomía iniciará los mecanismos primarios de evolución: ante la variación que introduzca la sentencia habrá selección y estabilización: habrá mutación o al menos dinamismo. A esto nos referimos al decir que las fluctuaciones que pueden darse en las dimensiones sociales extrajurídicas a través del actuar de la jurisprudencia significarán una revisión, reflexión, problematización y consiguiente actualización de ciertas ideas cruciales para la sociedad. Se trata de utilizar las capacidades discursivas del aprendizaje sociales para ofrecer posibilidades de cambio. No cambia el mundo, pero ofrece elementos para que el cambio por evolución ocurra. La fuerza de una sentencia laboral será prurito de una modificación en la cultura del Trabajo, toda vez que no sirve como esquema estructurador.

⁴⁰⁸ Íd. p22.

Nuestra próxima pregunta dice relación con la forma que han adquirido los órdenes macro-sociales de nuestro sistema de Trabajo ¿Es saludable el orden narrativo de nuestras relaciones laborales? ¿El sistema de Trabajo mantiene una dinámica de variabilidad que le permita evolucionar?

6.2. Situación de la cultura laboral en nuestro país: la semántica del Trabajo en Chile.

Lo invertido en el caso de los sistemas sociales es su estructura de complejidad organizada en base a comunicaciones determinadas por racionalidad funcional. Es por esto que sólo introduciendo modificaciones en las operaciones es que se podría modificar la estructura del sistema (recordemos que se trata de un funcional estructuralismo) y aliviar ciertas tensiones que provoca su desviación.

Ahora bien, las modificaciones en la comunicación constituyen variaciones en la semántica, luego: cuando se enriquece el lenguaje se enriquece el sistema, cuando se empobrece el lenguaje se empobrece el sistema, pues las realidades sociales aparecen o desaparecen primero en el vocabulario.

El trabajar es una actividad desarrollada por la humanidad a lo largo de toda su historia y corresponde a la formación de un acoplamiento de tercer orden que le permite seguir vivo⁴⁰⁹; desde sus orígenes el hombre ha debido utilizar energías propias y ajenas para modificar el mundo y cubrir sus necesidades que siempre son de supervivencia y que van desde el ocio hasta la más sofisticada elaboración de medicamentos. Cuando se forma una agrupación de seres humanos, cualquiera sea su número, la actividad es dividida de manera que se crean relaciones en, dentro y para su desarrollo, estas son las relaciones laborales. Sin embargo, es sólo en los últimos siglos en que se ha puesto énfasis en la reflexión relativa al significado del trabajo entendido como relaciones laborales. El término relaciones laborales amplía el rango semántico del trabajo en cuanto denota un estado dinámico persistente, con desarrollo temporal y que implica interacciones subjetivas y también relaciones con otros elementos; no es hace mucho

⁴⁰⁹ Supra. Cap. II, 5.

tiempo que se ha ido colocando al individuo como causa y fin del Trabajo reconociéndose como ser humano y no como mera factorización industrial.

No siempre se ha tenido un concepto de tal espectro. Aunque no existen tratamientos sociológicos sobre la evolución cultural del concepto de Trabajo en Chile, es indudable que su contenido ha quedado marcado en el desarrollo de la bitácora (material) de las relaciones laborales en nuestro territorio, pues las prácticas de lo que una sociedad acepta y/o desarrolla corresponden a la significación que ella les atribuye. Por tanto, la revisión histórica de una situación, como la de las relaciones laborales, nos permite ilustrar su evolución en el seno de una cultura.

6.2.1. Historia nacional de las relaciones laborales.

La etapa precolombina se caracteriza por una división natural del trabajo propia de las sociedades primitivas, en que no existía la propiedad privada, ni institucionalidad, ni técnica, encontrándose sólo las agrupaciones a través de clanes o tribus.

Sólo con el advenimiento de los conquistadores aparece la propiedad privada y consecuentemente la estratificación de la sociedad basada en ella, así como también aparecen las relaciones de mando propias de las relaciones laborales. Es innegable que la disciplina laboral imperante en la colonización, surge caracterizada por la violencia de la esclavitud, de manera que la coyuntura fundacional del trabajo en Chile se encuentra atravesada por el inhumano trato que los españoles dieron a los indios. El paso de los años y el contexto histórico han hecho olvidar que las primeras regulaciones laborales eran del siguiente estilo: “Ítem, cualquier esclavo o esclava que estuviere huído fuera del servicio de su amo mas de tres días e menos de veinte, el que lo prendiere ora sea alguacil o no lo sea, tenga de derechos diez pesos, los cuales pague el amo de tal esclavo o esclava, al cual esclavo o esclava le sean dados doscientos azotes por las calles publicas por la primera vez y por la segunda doscientos azotes e se desgarrone de un pie e por la tercera al varón se le corten los miembros genitales e a las

mujeres las tetas".⁴¹⁰ Sólo cuando se reconoció que los naturales eran portadores de "alma" se intentó humanizar el trato que se les daba, reconociéndose documentos que mostraban preocupación por el destino de los indígenas: La tasa de Villagra destaca en su preocupación por la salud de los indios: "V. Ítem. Ordeno y mando que los indios e piezas que anduvieren en las dichas minas si alguno adoleciere o se parare flaco de manera que se entienda del que no está sano lo saquen de la dicha cuadrilla hasta que esté sano y recio y entre tanto que estuviere holgando le den su ración ni mas ni menos que si trabajare y los mineros que lo trajeren a cargo sean obligados a curar a tales enfermos y para ello los señores de las cuadrillas los provean de aceites, solimán y cardenillo e alumbre y algún unguento y lancetas para sangrar, de suerte que todos los mineros estén proveídos dello, lo cual hagan los señores de las dichas cuadrillas so pena de cien pesos al que lo contrario hiciere" *Ordenanza de minas del Gobernador de Chile, don Francisco de Villagra*. 24 de agosto de 1561.

La tasa de Santillán es reconocida en la historia por ser la primera limitación de manipulación manual de carga para los indios y, por consiguiente, la primera regulación que prestaba atención al trato inhumano: "Asimismo, porque tuve bastante información de que la cosa de que los naturales de aquellas provincias sienten mas vejaciones, son el acarrear de las comidas y herramientas y otros bastimentos a las minas, por ser los asientos dellas muy distantes de sus pueblos donde se siembran, y como tenían los encomenderos libertad de echar los indios en el asiento de minas que querían, acaecía que al medio de la demora descubrirse alguna quebrada en que se sacaba algún oro más, y luego mudaban a todos los indios allá, aunque fuesen cuarenta o cincuenta leguas de allí, acarreaban con los indios cargados las herramientas e comidas, y a veces en una demora, que son ocho meses, se mudaban de esta suerte dos o tres veces, de que los indios recibían gran vejación, por lo cual ordené que las dichas comidas no se pudiesen acarrear en indios, salvo por aquellas partes y lugares que no pudiesen andar bestias cargadas." *Redacción de lo que el licenciado Fernando de Santillán, oidor de la audiencia de Lima, proveyó para el buen gobierno, pacificación y defensa de Chile*. 4 de junio de 1559. Sin embargo, las intenciones de la Corona española se diluían en la disipada administración de las colonias, y sobre todo en las relaciones a nivel privado en que los terratenientes abusaban para obtener mayores dividendos económicos en la explotación de las minas.

⁴¹⁰ *Ordenanzas dictadas por el licenciado Melchor Calderón para los negros del reino de Chile*. 10 de noviembre de 1577.

El proceso de independencia no trajo mayores cambios en la configuración de las relaciones laborales; se reconoce el naciente capitalismo y una clase burguesa; aparecen otros sectores laborales como el comercio, la banca, la industria, y se diversifica la minería. En estos sectores se proyectó el tipo de relaciones establecidas en el tiempo de la Conquista y los grupos comenzaron a resentir la injusticia. Es así como surgen las posteriores respuestas a las condiciones laborales abusivas en los puertos, campos, salitreras y yacimientos de carbón.

A partir de 1920 comienza un auge del desarrollo estatal y se asiste a una maduración de la sociedad en general. El trabajo comienza a protegerse: se legalizan los sindicatos (1924), se crea la CUT (1940), la CORFO, se publica el Código del Trabajo (1931), etc. Con el golpe de estado de 1973 se termina este modelo de desarrollo y se inicia una etapa liberal de desarrollo marcada por la desregulación.

Ahora, lo que nos interesa es observar que cualquiera sea el momento histórico en que ubiquemos al Trabajo, es posible afirmar que las relaciones laborales en Chile siempre han estado cargadas por el autoritarismo y la jerarquía exacerbada, incluso contemporáneamente.

6.2.2. Actualidad nacional de las relaciones laborales.

Nuestros días continúan con una proyección de relaciones laborales como las repasadas en el punto anterior; el trabajo sigue siendo pensado como una relación autoritaria, una relación de poder como expresión de la diferencia entre dos sujetos. Esta misma diferencia viene significando la comprensión intrínseca de la relación de trabajo como una de obtención de beneficios con un cargado carácter unidireccional hacia los empleadores. Paralelamente la necesidad de trabajo se intensifica y la aceptación de sus condiciones se hace cada vez más necesaria; la falta de comodidad del trabajador con sus labores y la repercusión en su vida general (extralaboral) se acrecienta, como también se acrecientan las jornadas laborales, los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales.

Es sintomático el amplio y creciente porcentaje que ocupan los trabajos pesados en nuestro país, se calcula que unas sesenta y tres mil personas desarrollan o han desarrollado este tipo de actividad.⁴¹¹ Luego, si entendemos por trabajos pesados aquellos cuya realización acelera el desgaste físico, intelectual o psíquico en la mayoría de quienes lo realizan, provocando un envejecimiento precoz, aún cuando ellos no generen una enfermedad laboral, es factible sostener que los elementos de riesgo del área ocupacional laboral permiten seguir caracterizando el trabajo que se desarrolla en Chile como una actividad de gran desgaste, tanto físico como moral, incluso más allá de lo que sea legítimamente esperable de las personas. En otros términos: algunos trabajos están hechos para disminuir a la persona hasta acabarla, justamente lo contrario a la concepción del trabajo como instrumento de desarrollo. Se ha intentado desincentivar la realización de estas actividades encareciendo su tasa impositiva, embargo, según el último informe de la Comisión Nacional Ergonómica, la lista de trabajos pesados que se inició el año 1997 con menos de cuatrocientas calificaciones el año 2006 superaba las cinco mil quinientas.⁴¹²

Las cifras de accidentabilidad laboral también son elocuentes, bordean el 10%, sin embargo, debido a la pobre estadística del país hay una tasa indeterminada de mortalidad. “Desde el Ministerio de Salud se ha realizado en los últimos años un vigoroso intento por construir la magnitud de los accidentes del trabajo fatales, a través de la notificación obligatoria de los casos. Con el escaso trabajo estadístico existente se puede señalar, que cada año alrededor de trescientos trabajadores mueren en Chile por accidentes del trabajo. Esta cifra puede alcanzar las setecientas muertes anuales si se proyectan los datos obtenidos a través de fuentes indirectas y la tasa de accidentes fatales de América Latina y caribe de 13.5 por 100.000 trabajadores⁴¹³. Los certificados de defunción son útiles en el registro de datos relevantes en estos menesteres, sin embargo, no se ha establecido como una obligación la inclusión de este rubro en el registro de partidas de defunción. En Estados Unidos esta medida contribuyó notablemente a establecer la magnitud de los accidentes fatales del trabajo y hacer el cálculo de costos en las dimensiones sociales y económicas de la salud del mundo del trabajo, revelando que los costos de

⁴¹¹ Ergonómica [en línea] <<http://www.ergonomica.cl/content/view/8/1/>> [consulta: 01 octubre 2008]

⁴¹² Ergonómica [en línea] <http://www.ergonomica.cl/biblioteca/Informe_2006.pdf> [consulta: 02 octubre 2008]

⁴¹³ TAKALA, Jukka. Global estimates of fatal Occupational Accidents Epidemiology. [en línea] <http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/methods/en/takala.pdf> [consulta: 05 octubre 2008]

enfermedades y accidentes del trabajo alcanza los 155 billones de dólares, es decir el 3% del PGB, cifra que es muy superior a la del SIDA, estimada en 30 billones y de la enfermedad de Alzheimer de 67 billones, y comparable al costo del cáncer, estimado en 171 billones y patologías cardiovasculares en 189 billones.⁴¹⁴ Tampoco las cifras de accidentabilidad nos muestran la real envergadura de las enfermedades profesionales en Chile. Los datos son realmente pobres. Los mejores registros nacionales bordean los 5000 casos al año. Una estimación general para los Estados Unidos habla de una incidencia (casos nuevos por año) de 59.7 por 10.000 trabajadores⁴¹⁵. Esta cifra proyectada a una población laboral de 5 millones, nos señala 30 000 casos nuevos por año de enfermedades causadas por el trabajo. La misma idea se repite: el trabajo más que desarrollo humano está dándose en condiciones que provocan descalabro humano.

6.2.3. Desvanecimiento actual de conceptos laborales en el ámbito nacional y su significación socio-cultural.

Dadas las consideraciones expuestas en el punto anterior, en un principio resulta verdaderamente extraño que en nuestro país haya una carencia de desarrollos conceptuales referidos al trabajo, desde una perspectiva sociológica madura, posteriores al retorno a la democracia. El itinerario intelectual relativo al trabajo, prolífico en los periodos anteriores a la dictadura y de alguna manera eje cultural de la lucha por el fin de la dictadura se ha apagado, o bien, ha salido de la arena confrontacional. Se puede observar que en Chile, los mayores tratamientos que se han hecho del trabajo corresponden a un quehacer intelectual ligado principalmente a la Economía, al Derecho y a las Ciencias políticas, lo que ha significado una ausencia de doctrina del Trabajo, entendido éste como parte y producto de la sociedad, independiente de los destinos económicos, legales y políticos. El mismo tratamiento que del trabajo hacen las ciencias jurídicas se encuentra subordinado a una instrumentación vinculada a esos ámbitos. Desde la perspectiva de la crítica social parece que los esfuerzos de análisis y

⁴¹⁴ LEIGH, Paul et al. Costs of Occupational Injuries and Illnesses, E.E.U.U. The University of Michigan Press, 2000.

⁴¹⁵ Ib.

reflexión relativos al correcto entendimiento del trabajo dentro de nuestro país, han cedido bajo las consideraciones económicas y políticas, tanto en la práctica como en la teoría, lo que significa su ejecución y anterior comprensión bajo las consideraciones de esas ciencias.

6.2.4. Resultado cultural: bloqueo evolutivo de los conceptos laborales.

La base del aprendizaje social no son los individuos, sino las relaciones sociales, así no es importante lo que las personas tienen en mente, sino lo que comparten entre sí.⁴¹⁶

La cultura moderna es percibida por sus participantes como el resultado de una empresa colectiva, como el resultado de una discusión colectiva, de argumentación colectiva en grupos, organizaciones o instituciones.⁴¹⁷

La situación actual de la cultura del Trabajo en nuestro país, parece ser la de una situación en que el aprendizaje colectivo es evitado, interrumpido o sistemáticamente restringido. Esto da origen a procesos de aprendizaje bloqueados, a saber: el aprendizaje autoritario, donde los conocimientos son aceptados por mera autoridad; el aprendizaje ideológico donde ciertas respuestas ya son conocidas y no se cuestionan, siendo sistemáticamente excluidos y anulados argumentos del otro; el aprendizaje regresivo, que se retira de los discurso racionales.⁴¹⁸

Sólo una actividad jurisprudencial puede devolver, de forma seria, el sustrato de la actividad laboral al plano del discurso nacional; si el trabajo permanece fuera de los discursos culturales y se asume que todo lo que en éste ámbito ocurre o se dice está bien, o al menos no se cuestiona, la contingencia se anula y el sistema no podrá recibir estímulos para su reflexión y no podrá evolucionar, manteniéndose las condiciones que lo caracterizan hasta ahora.

⁴¹⁶ KLAUS, E. Op. cit. p17.

⁴¹⁷ Ib.

⁴¹⁸ Íd. p19-20.

Es notable que en la última campaña presidencial, la actual Presidenta de la República haya puesto énfasis no ya en el ofrecimiento de trabajo a la población, sino en el “trabajo decente”. También es insoslayable el que a través de palabras de miembros de la Iglesia Católica se haya instalado (aunque fuese sólo por unas pocas semanas) una discusión acerca del “sueldo ético”. Es la materialización de lo que hemos tratado de explicar en esta tesis: las comunicaciones evolucionan cuando se enriquece su sentido. Sin embargo, parece que la semántica de nuestro país, la cultura, acepta la división entre un trabajo y un trabajo decente, entre un sueldo y un sueldo ético, como si la decencia de la actividad laboral o la eticidad de su retribución no fuesen unas características intrínsecas de uno y otro. Esto se debe a que estamos frente a una evolución retrasada de la cultura laboral, de los conceptos laborales y, en definitiva, de las conductas laborales, todos los cuales no han mutado al mismo ritmo. La semántica laboral y en general la que abarca aquello que llamamos “lo social”, “la justicia social”, ha sido bloqueada en su proceso evolutivo. Creemos que el bloqueo de un desarrollo laboral sano se ha debido al contexto histórico particular del país.

6.2.5. La evolución retrasada de la cultura laboral explicada por el contexto histórico particular de Chile.

6.2.5.1. La transición democrática.

Programáticamente el retorno a la democracia planteaba como objetivos masivos el regreso de la paz nacional, el pleno respeto de los derechos humanos violados sistemáticamente por casi dos décadas, y la reconciliación del país. “Junto a estas tareas de reconstitución de la pérdida de la unidad nacional, se consideraban como indispensables el lograr un crecimiento económico dinámico que permitiera reducir el desempleo y la pobreza, reestablecer la dignidad

internacional de Chile, y mejorar la distribución del ingreso para garantizar una mayor justicia social y asegurar una convivencia en paz”.⁴¹⁹

Pero el proceso de transición significaba el privilegio de la estabilidad política por sobre lo que globalmente puede llamarse justicia social. Siguiendo a VEGA reconocemos tres desafíos a los que debía enfrentarse la transición.

Primero, en el plano político, se debía gobernar en un régimen de “democracia protegida”. Esto debe entenderse como el gobierno dentro de los márgenes impuestos por la Constitución del año 1980. Luego, en el plano económico, el desafío se presentaba en la tensión entre las potenciales demandas reivindicativas de los grupos marginados en el período anterior, y el temor del empresariado frente al cambio de régimen que podía supeditar que desarrollasen su actividad. Finalmente, el desafío social era la reactivación de los grupos intermedios.

6.2.5.2. Diseño inicial.

Bajo estos supuestos se dio origen a un esquema político de consenso, que ante todo buscaba estabilidad. Este es el diseño inicial de la transición, donde se distinguen tres áreas: el Estado, la Economía, y la Sociedad civil. Esta última tenía un rol esencial como rendimiento emergente de comunicación: “Se trataba de extender la democracia hacia la sociedad y asegurar la participación de los ciudadanos mediante el fortalecimiento y crecimiento de múltiples tipos de organizaciones de la sociedad civil. Estas surgirían de la vieja tradición de agrupación y solidaridad del pueblo chileno, al margen de los partidos y del Estado, para no repetir su instrumentación política y dependencia estatal del antiguo modelo de desarrollo centrado en el Estado. La lucha contra la pobreza se realizaría con los mismos mecanismos que la población había constituido en los años duros de crisis económica y masivo desempleo. La participación de las ollas comunes, comprando juntos, cooperativas de consumo, bolsas de trabajo, juntas de vecinos independientes, clubes deportivos, centros de madres y otras en municipios fortalecidos

⁴¹⁹ VEGA FERNANDEZ, Humberto. “En vez de la injusticia. Un camino para el desarrollo de Chile en el siglo XXI”. Santiago, Chile, Debate, 2007. p15.

y en políticas sociales participativas, cambiarían el rostro a la democracia chilena que se empezaba a reconstruir. Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y los sindicatos ampliarían y potenciarían el fenómeno del desarrollo y fortalecimiento de la sociedad civil”.⁴²⁰

En cuanto al Estado se buscaba su normalización, modernización y la concreción de reformas constitucionales. En cuanto a la Economía se buscó una apertura internacional del país de forma programada, el aporte estatal para desarrollar la infraestructura productiva nacional, y, por supuesto, se marcó como prioritaria la lucha contra la pobreza, eso sí, sin incluir objetivos de redistribución de ingresos porque podían causar desestabilización política.⁴²¹

6.2.5.3. Gradualismo.

Se entendió que el principio del gradualismo era el acorde para mantener la estabilidad requerida por la transición, por tanto, con la estabilidad política como valor supremo, se avanzó en aquellos campos de mayor consenso (la Economía) y se postergaron otras cuestiones. De ahí que surgieran el equilibrio macroeconómico, el consenso social, y la reconciliación, como objetivos esenciales en la economía, en la convivencia social y en la política respectivamente.

“El discurso político fundado en el valor central de la estabilidad fue proyectado en lo económico al darle primacía a los equilibrios macroeconómicos en el diseño de la política económica. La estabilidad económica implicaba reducir la inflación, equilibrar el presupuesto fiscal, desarrollar una prudente política monetaria y evitar cualquier desequilibrio externo en la balanza de pagos. La traumática experiencia del gobierno de la Unidad Popular en el manejo de la política fiscal y monetaria y su secuela de inflación y desabastecimiento de bienes esenciales, así como el impacto de las dos crisis económicas (1975 y 1982-3) del gobierno militar que produjeron la generación de un masivo desempleo, quiebra de empresas, endeudamiento desmesurado externo e interno, reducción brutal de los salarios reales y una profunda regresión

⁴²⁰ Íd. p39.

⁴²¹ Íd. p40ss.

en la distribución de ingresos y riqueza, fueron las experiencias educativas en las que se formó una clara conciencia y responsabilidad de la clase política chilena y de sus economistas respecto de la necesidad de respetar los equilibrios macroeconómicos. Esto, unido al imperativo inevitable de la estabilidad política, le confirió un gran peso político y valoración práctica al valor de la estabilidad económica”.⁴²²

Ahora, se suponía que tanto las consideraciones de carácter económico como las políticas, eran instrumentales al desarrollo de la sociedad civil. Sin embargo, quedó demostrado que el intento de guiar el desenvolvimiento de un sistema a través de otro es inoperante. La economía, la política y la sociedad civil tomaron sus propias decisiones, sin que existiera control óptimo entre ellas. Se reconoce que “ha cambiado la sociedad, la economía, la cultura y la política de los chilenos. Estos cambios no responden al diseño inicial sino a otro, donde las nuevas relaciones de poder político y económico configuran un diseño integral de sociedad muy diferente al que provocó los acuerdos y consensos de la primera hora y que permitió iniciar la transición”.⁴²³

6.2.5.4. Diseño final.

Dios creó al hombre, el hombre creó las tecnoestructuras, y estas se recrean a sí mismas desconectadas de las realidades cotidianas. La Política se autodesarrolló y con su lógica ha logrado mantener la sociedad en paz con dos bloques políticos equilibrantes; el Estado ha adquirido las siguientes características: presupuesto expansivo, gasto social focalizado, regulaciones crecientes, débil poder compensador frente a los grandes grupos económicos, aumento de productividad, política de balance estructural, baja deuda externa. La Economía siguió el mismo camino quedando caracterizada con un crecimiento económico prioritario, inversión y concentración económica, exportaciones dinámicas, baja inflación, bajo desempleo, reducción de la pobreza y productividad crecientes.

⁴²² Íd. p43.

⁴²³ Íd. p44.

El problema es que estos ámbitos se desarrollaron como tecnoestructuras: las ciencias que le subyacen trabajan con racionalización (racionalidad funcional) separándose del mundo de la vida. Esta separación ha sido suficientemente tratada en puntos anteriores, ahora queda demostrada en las características que adquiere la sociedad civil: no tiene mayor protagonismo, poder social débil, desinstitucionalización, apatía política de los jóvenes, cultura de consumo, distancias sociales crecientes (educación, salud), sociedad de mercado.

Luego, observando las conductas individuales en la sociedad civil podemos decir que éstas también se han tecnocratizado; de otra manera la racionalidad funcional de las ciencias se ha traspasado no sólo a las estructuras sociales como el Trabajo, sino también a las estructuras individuales (las personas, los trabajadores), de ahí que la estabilidad, propia de la política, sea un valor buscado por las personas (tal vez no concientemente) y traducido en un conformismo y falta de problematización de las condiciones entregadas; de ahí, que la potencia económica sea considerada como carta de presentación de una persona.

Representativo de estas ideas es el declive de los sindicatos y de las organizaciones populares: “el movimiento sindical que tenía tradición cultural y conciencia democrática, y había demostrado una gran capacidad de movilización frente a la dictadura, encabezando la contestación democrática. Los datos cuantitativos y el análisis de su comportamiento y contenidos muestran, a partir de una primera recuperación en los primeros años de la transición, un declive de su capacidad de organización y una pérdida de protagonismo por sus propios errores y por el contexto económico y social desfavorable. Por otra parte, las organizaciones populares que más se desarrollaron en tiempo de alto desempleo, fueron ligadas al problema de sobrevivir: cooperativas de consumo, comprando juntos, ollas comunes, etc. A partir del año 1990, en la medida en que disminuyó el desempleo y aumentó el ingreso familiar, y en tanto se fue ampliando y asignando con eficiencia el gasto social público asistencial, las razones prácticas de constituir y mantener las organizaciones de subsistencia se debilitaron y la mayor parte de esta terminaron”.⁴²⁴

⁴²⁴ Íd. p49.

Ha nacido un exacerbado individualismo en las personas, donde la búsqueda de mayores cuotas de bienestar sólo pasa por la iniciativa y emprendimiento individual, lo que no es cuestionable. Lo que sí es cuestionable es que este bienestar no implique en proyecto colectivo de desarrollo, es más, que aparezca como incompatible con él.

6.2.6. Evolución II.

Las reflexiones anteriores muestran el bloqueo evolutivo que ha sufrido el Trabajo como sistema. Sostenemos que dicho bloqueo se ha debido en gran parte a que en el contexto de la transición a la democracia, al Trabajo (así como a todo “lo social”) se le supeditó a conseguir la estabilidad política requerida por el país. El Trabajo quedó omitido del orden discursivo nacional durante muchos años: “no es una hecho menor que el concepto de redistribución del ingreso haya desaparecido del lenguaje de economistas y políticos, y que no hayan existido metas a alcanzar, en materias de distribución del ingreso, en ninguno del los programas de los gobiernos de la Concertación”.⁴²⁵ El mismo desvanecimiento se hace patente en los sindicatos, cada vez menores en número y fuerza. Las poderosas tecnoestructuras políticas y económicas se siguen robusteciendo, en cambio el sistema social de Trabajo decae. Esto se ha enraizado en la más profunda cultura nacional produciéndose la anomia de los grupos intermedios y la carencia de demandas reivindicativas.

Ya sabemos que técnicamente la epigénesis, la evolución de la sociedad, es la ocurrencia de una modificación en la reproducción de la complejidad. Estos cambios tienen lugar por la operación de los mecanismos primarios de evolución: variación / selección / estabilización. En el caso de los sistemas sociales será una evolución en la comunicación, lo que significa una variación semántica. Por eso es patológico que el sistema de Trabajo esté fuera de los discursos sociales, porque si sigue así se mantendrá el *status quo* existente o, lo que es peor, la semántica variará conforme a estímulos que interioricen intereses extralaborales dominantes.

⁴²⁵ Íd. p51.

Ahora bien, por más que la jurisprudencia coloque los conceptos laborales en el plano discursivo de nuestra sociedad, esto no significará un cambio en la cultura del Trabajo. Es más fácil para las sociedades estabilizar lo que ya saben acerca del Trabajo y quedarse como están. “Lo que hacemos es producir efectos a través del aprendizaje social. Los efectos sin embargo, no son determinados por el aprendizaje colectivo, sino por consecuencias sistémicas: por evolución. (...) Las sociedades evolucionan, lo que significa que lo que frecuentemente resulta no tiene nada que ver con las intenciones grupales, las metas organizacionales o los objetivos institucionales.

En consecuencia, ¿deberíamos abandonar la idea del aprendizaje social? El aprendizaje es una cosa la, evolución es algo distinto. Debemos separarlos para así darles sentido a los procesos de aprendizaje social. Entonces, ¿para qué sirven los procesos de aprendizaje? Sirven para la evolución porque ofrecen más posibilidades. No cambian el mundo pero proveen los elementos para cambiar el mundo, para que el cambio siga ocurriendo. Los procesos de aprendizaje generan variación y por tanto suficiente variabilidad para la evolución. Producen la materia desde la cual la sociedad selecciona su propia reproducción continua. Esto es evolución basada en procesos de aprendizaje social y, en este sentido, la sociedad aprende”.⁴²⁶

7. La responsabilidad social del Juez del Trabajo.

Responsabilidad en un sentido lato significa la necesidad de hacerse cargo de las consecuencias de las acciones. En la judicatura se reconocen varios tipos de responsabilidad: común, Disciplinaria, política y ministerial.

Resulta evidente que nuestros jueces son personas que se diferencian claramente del resto de la comunidad; los privilegios que los jueces poseen (en lo que a nosotros importa el privilegio de adjudicación) tienen como contrapartida mayores responsabilidades, como la ministerial que sólo es atribuible a los magistrados. A mayor abundamiento GALEANO “No todos los individuos gozan de iguales márgenes de albedrío y por lo tanto, son diferentes sus

⁴²⁶ KLAUS, E. Op. cit. p30-31.

grados de responsabilidad por sus acciones y omisiones. Si entre las especies no humanas resulta absurdo evaluar sus actos, por la estrecha aptitud reflexiva de que disponen para ejecutarlos o evitarlos; es igualmente obvio, que la extensa gama de tonalidades que exhibe la especie humana, debe ser ponderada con la mayor objetividad y precisión, a la de juzgar las acciones u omisiones de cualquiera de sus miembros. Sin embargo –y no obstante la abrumadora lógica de esta exigencia- ni el Derecho, ni mucho menos la moral, asumen aún con el rigor y la profundidad entre los espacios reales de albedrío y los niveles de responsabilidad de las conductas”.⁴²⁷

Ahora bien, como señaláramos la última diferenciación del Derecho se da por la distinción entre el cargo de juez y la persona que lo ejerce. Sin embargo, es destacable una diferenciación más dentro del cargo: la diferencia entre jueces ordinarios y especiales. Esta distinción responde a la dualidad comunicativa de la sentencia laboral, que –como explicáramos antes- en una de sus facetas pasa a ser una operación del sistema de Trabajo⁴²⁸. Sólo así es posible justificar la existencia de una magistratura diferenciada como específicamente laboral, fuera de cualquier motivo de administración.

Por eso cuando hablamos de responsabilidad social del Juez del Trabajo, estamos diciendo que su responsabilidad es con el sistema mismo, el Trabajo, y no con una parte de el juicio como sería el trabajador (una concepción semejante no soportaría un juicio de imparcialidad). El Juez del Trabajo tiene la obligación de mantener abierta la comunicación del sistema laboral. Uno de los actores de ella es el trabajador como receptor/emisor de información, por lo que debe asegurar que el aporte informativo de éste se respete (aquí es donde reciben aplicación los principios protectores del Trabajo), y a su vez, debe reconocerse él mismo como actor creando nueva información que se incorpora recursivamente al sistema de Trabajo.

El problema es que una responsabilidad de este tipo no es perseguible en términos jurídicos, ni aún por notable abandono de deberes, por tanto, la clave está dada en la generación

⁴²⁷ GALIANO, J. Op. cit. p38.

⁴²⁸ Supra. Cap. VI, 6.1.

misma de la diferencia entre jueces ordinarios y jueces especiales del Trabajo, es decir, en el proceso de formación de estos últimos.

Por supuesto que la especialidad formativa a que hemos hecho referencia no pasa por el manejo de la pura normativa legal o reglamentaria, sino por una cuestión de disposición personal para el desarrollo de una acción individual privilegiada como lo es la sentencia laboral. Esta disposición personal es una cuestión de formación ética, lo que a su vez es una cuestión de aprendizaje. Y éste aprendizaje queda dentro del sistema de relaciones laborales, pues es un rendimiento del mismo. La manera en que se produce éste aprendizaje en nuestros jueces laborales y la forma en que se usa es algo que ellos mismos deben reflexionar conscientemente, pues la tradición creará “puntos ciegos” cognoscitivos, la tradición cultural es una forma de ocultar estados culturales. Sólo cuando una interacción nos saca de lo obvio y nos permitimos reflexionar, es que nos damos cuenta de la inmensa cantidad de relaciones que tomamos por garantidas.

“El conocimiento del conocimiento obliga. Nos obliga a tomar una actitud de permanente vigilia contra la tentación de la certeza, a reconocer que nuestras certidumbres no son prueba de la verdad.” Esto nos conduce a una ética insoslayable donde lo central es poner el humano poder de reflexión en el centro porque sólo este poder permite salirse de lo invisible.⁴²⁹

CONCLUSIONES

En el curso de esta investigación se ha observado, especialmente, el surgimiento y desarrollo de dos sistemas sociales: el Derecho y el Trabajo. Hemos propuesto que su origen se encuentra en coordinaciones conductuales que, a diferencia de las concepciones clásicas, centramos en comunicaciones y no en acciones. Estas comunicaciones han dado la morfología actual al Trabajo y su Derecho. En este punto se hace urgente una revisión conceptual debido a las ambivalencias en materia laboral, tanto en la teoría como en la práctica. Encontramos que

⁴²⁹ MATURANA, H. VARELA, F. *El árbol del...* Op. cit. p 161.

paralelamente en el Trabajo moderno se da el uso de la más moderna tecnologías y de la más clásica mano de obra, que existen brechas salariales gigantescas entre distintos sectores de la población, que el porcentaje de trabajadores informales se acerca al del sector formal, que los empleadores abogan por desregulación, que los trabajadores no reclaman ante los abusos, etc. Todo esto en un orden narrativo donde los conceptos, las discusiones, las proyecciones, los discursos, los ideales y los modelos del Trabajo acusan el recibo de todas las tensiones resultando tambaleantes, inconsistentes, incongruentes.

El Derecho transforma las ambivalencias laborales en ambivalencias institucionalizadas. Es así como en nuestro país convive un Derecho del Trabajo cuya diferenciación sistémica es teleológica apuntando a la protección del trabajador y al desarrollo social, con un modelo que también asegura libertades económicas amplias.

Luego, las demandas que la sociedad hace al Derecho provienen de órdenes de intereses dispersos y divergentes. Como el Derecho usa prioritariamente la legislación para la regulación el resultado es inflación legislativa inconsistente. El mismo Derecho del Trabajo es observado por los actores sociales como “un conjunto de normas que no se respetan”. Las desviaciones culturales que resultan de un escenario semejante son muy perniciosas: se produce la confusión sobre las funciones de cada sistema social, se pide al Derecho que pase a cumplir funciones que no son las propias y esto tiene corolarios diversos: la anomia de los grupos laborales y la emergencia de semánticas erróneas que apoyadas en argumentos jurídicos puede desatar catástrofes político-militares, como la de los años setenta.

La teoría sistémica propuesta es la única que explica satisfactoriamente estos fenómenos sin renunciar a que éstos sean rendimientos sociales. Además por no ser un constructo analítico permite mantener el carácter democrático de las sociedades actuales bajo una complejidad creciente. Pero por sobre todo formula un mecanismo como propuesta para hacer frente a las crisis: la reducción de complejidad a través de sentido.

Si al Derecho le corresponde la atribución de sentido a las expectativas, para generalizarlas y estabilizarlas, éste encuentra su consistencia interna, no en fantasmagóricas legitimaciones discursivas que hablen de “espíritus de la ley” o “principios generales”, sino en

un núcleo profesional integrado por personas de carne y hueso, que toman decisiones aplicadas al mundo de la vida y no se prenda en filigranas dogmáticas que jamás salen de un aula universitaria. El Derecho del Trabajo es un producto humano y como tal se da en el lenguaje.

La base de un Derecho jurisprudencial se encuentra en unos jueces de sólida formación científica y no meros funcionarios que legitimen decisiones formales. Esta formación es necesaria para mantener el compromiso que sostiene el núcleo-judicatura y para la adecuada reflexión de materias complejas, contingentes y trascendentales, como las elecciones culturales en materias laborales, posibilitando el paso de un Estado de Derecho formal (en que los derechos se aseguran por “tigres de papel”) a un Estado de Derecho material (en los derechos realmente se cumplan por ciudadanos). El desarrollo de profesionales judiciales de una envergadura semejante corresponde a todas las instancias sociales envueltas en su desarrollo (universidades, academia judicial, aparatos estatales). Si bien existe una búsqueda de especialización en la formación y desempeño de los jueces de la instancia, esta especialización en la orgánica laboral aún resulta deficitaria en términos materiales en lo relativo al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales superiores, más allá de la destinación de “salas especializadas”, por lo que se necesita de ministros expertos en Derecho del Trabajo además de su dedicación especializada.

Ahora bien, una concepción que pone énfasis en los procesos de aprendizaje social es una teoría basada en la comunicación. Las comunicaciones estudiadas en esta investigación corresponden a aquéllas que producen efectos jurídicos y a aquéllas que producen relaciones de dirección bajo compromiso. Ellas dan origen a los sistemas sociales de Derecho y de Trabajo. La comunicación social debe ser recursiva y para ello necesita mantener una fuente de variabilidad constante, por eso al entender el Derecho del Trabajo como un sistema social, la complejidad no resulta un problema sino un presupuesto para su existencia. Es decir, la recursividad se asegura en las modernas sociedades pluralistas ya que en éstas existe un alto nivel de complejidad.

Ahora bien, en un orden social moderno la toma de decisiones colectivas se legitima a través de procedimientos sociales, pues las preferencias son divergentes. Las preferencias en el mundo del trabajo corresponden a decisiones adoptadas en procedimientos políticos, legislativos y judiciales. La naturaleza de los procedimientos sociales legitimantes es, en último término, de reducción de complejidad, en nuestra semántica: herramientas de solución frente las crisis de

sistemas que se encuentran lejos del equilibrio. El procedimiento judicial y la sentencia laboral constituyen las formas de reducción de complejidad que analizamos más profusamente.

Los procedimientos legitimantes deben mantener abierta la incertidumbre del resultado para un adecuado cumplimiento de su función. En materia de derecho procesal laboral esto significa que cada operador jurídico debe asumir adecuadamente su rol: el juez debe decidir y los abogados asumir la defensa de las respectivas pretensiones de las partes. El cumplimiento de la función de decidir, constituye una obligación para el juez aun cuando no exista norma que resulte aplicable al caso concreto, a diferencia de los otros subsistemas del Derecho del Trabajo de naturaleza normativa (legislación, contratos), y para ello, en el procedimiento debe contar con todas la potestades que resulten necesarias al cumplimiento cabal de su función, esto es el ejercicio de la jurisdicción, sean éstas de carácter expreso o no. No sólo debe saber que las tiene: tratándose del juez del Trabajo es conveniente que asuma el deber de ejercerlas cada vez que se lo exija el conocer, juzgar y mandar ejecutar sus decisiones.

Por otra parte, el desempeño de la función de cada uno de dichos operadores está determinado por la existencia en el procedimiento laboral de sujetos procesales débiles (trabajadores), y en atención a ello el juez del Trabajo cuenta con una serie de potestades procedimentales oficiosas tanto en la dirección del *iter* procesal como en la aportación de prueba, mientras que de los abogados se espera una adecuada especialización en la materia, cuestión aún deficitaria cuando se trata de la defensa proporcionada en cumplimiento de la garantía de igualdad ante la justicia.

En materia de Derecho del Trabajo sustancial la reducción de complejidad significa que las diversas opciones de mundo envueltas en la normativa aplicable a las relaciones laborales deben circular en el hiperciclo social hasta que buenas razones admitan la posibilidad de su reconocimiento institucional. Las realidades que viven día a día, trabajadores y empleadores son parte de un orden narrativo, es decir, constituyen estados de ideas culturales derivadas de un proceso histórico. En nuestro país este proceso fue determinado por una planificación del retorno a la democracia, dándose preferencia a la estabilización política por sobre las cuestiones relativas a “lo social”, como el carácter del sistema de Trabajo.

Hemos verificado a las sentencias judiciales en materia laboral como comunicaciones duales, pues son comunicaciones constitutivas del sistema de Derecho y a su vez del sistema de relaciones laborales. Las características de la sentencia desarrolladas en el último capítulo de esta memoria, posibilitan que se imponga ante cualquier racionalidad que determine acciones funcionales a un sistema. Sin embargo, es menester que la misma racionalidad que tiene como fruto una sentencia laboral no sea engendrada en una racionalidad en clave administrativa (burocrática) del circuito jurídico laboral, sino en una verdadera reflexividad. El Derecho reflexivo debe erigirse en el centro del Derecho del Trabajo, permitiendo que la jurisdicción posibilite cambios culturales episódicos cuando sean necesarios, como lo son ahora en el mundo del Trabajo.

Ahora, reflexividad judicial es una cuestión determinada por el aprendizaje, por eso, “dada la importancia del aprendizaje social en la evolución cultural de una sociedad, debiera ser esta materia de discusión académica obligada en la formación curricular de todo profesional (cientistas políticos, educadores, fuerzas armadas, hombres de empresa, comunicadores sociales, etc.) dada la inmensa responsabilidad social que tienen en la evolución de los complejos sistemas sociales modernos, lo que hace que la perspectiva cibernética (sistémica) aplicada a lo social, sea un complemento básico para tales funciones.”⁴³⁰

Es imperativo hacer un replanteamiento a la concepción del Derecho. La investigación arroja que el sistema jurídico chileno es observado como un sistema en que impera la legislación, es decir, una concepción legalista del Derecho. Sin embargo, la ley sólo es una parte del sistema, y como tal está sujeta a una distribución funcional de competencias en que la generalización y estabilización de expectativas normativas se lleva a cabo en último término en sede jurisdiccional. Esto es lo que llamamos *una concepción jurisprudencial del Derecho*. Al colocar a la jurisdicción en el centro del sistema de Derecho, y al ser el Derecho una actividad eminentemente humana, la labor de la judicatura no debe ser ajena al entendimiento de los procesos de aprendizaje social, pues son ellos los que determinan el medio dentro del cual se desarrolla y legitima la misma judicatura a través de comunicaciones diferenciadas y recurrentes. La reflexividad, inherente a la actividad jurisdiccional, debe observarse por parte de los mismos

⁴³⁰ BEHNCKE, Rolf. “Al pie del árbol”, prefacio a “El árbol del conocimiento”, MATURANA, H. VARELA, F. Op. cit.

tribunales como una potestad dentro de sus dominios, y aprovecharla para asumir su rol cultural protagónico sin escudarse en una suerte de neutralidad y no injerencia en el desarrollo de nuestra sociedad, abandonándose a interpretaciones exegéticas de la legislación, siendo que la ley hace tiempo que ha sido sobrepasada.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACADEMIA JUDICIAL. Cuenta Anual de Actividades Academia judicial. Enero-Diciembre. 2007. Santiago, Chile, Academia Judicial Chile. 105p.
2. ACADEMIA JUDICIAL. Programa de Perfeccionamiento de los Miembros del Poder Judicial para el Escalafón Primario y Secundario. Santiago, Chile, Academia Judicial Chile, 2008. 298p.
3. ALEMÁN PÁEZ, Francisco. Cambios en la legislación y efectos en la relación laboral: ¿hacia una pérdida de la intensidad o del carácter protector de derecho del trabajo? Revista de Derecho Social (17): 47-72. ene-mar. 2002.
4. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Curso de Derecho Civil (explicaciones basadas en las clases de los autores, redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H.). 4ª ed., Santiago, Chile, Nacimiento, 1971. 651p.
5. ALONSO GARCIA, Manuel. Derecho del Trabajo. Barcelona, José María Bosch, 1960.
6. ALONSO OLEA, Manuel. Derecho Procesal del Trabajo. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969.
7. ALONSO OLEA, Manuel. Introducción al Derecho del Trabajo. 4º ed. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1981. 422p.
8. ALONSO OLEA, Manuel. “et al”. Estudios en homenaje al profesor William Thayer A. Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998. 278p.
9. AMPUERO H., Iván. Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia [en línea] <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v20n1/art09.pdf>> [consulta: 17 marzo 2009].
10. ARRIAGA ALVAREZ, Emilio. La Teoría de Niklas Luhmann. [en línea] <http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_01.pdf> [consulta: 30 junio 2008].

11. BANGA, Fabián. El problema de la crisis del individuo en la sociedad moderna. Cuadernos de Trabajo. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) [en línea]. <<http://www.revistadesarrollohumano.org/Biblioteca/0052.pdf>> [consulta : 04 junio 2008]
12. BAÑERES PARERA, Leticia. La cultura del trabajo en las organizaciones. Madrid,Rialp, 1994. 254p.
13. BARASSI Ludovico. Tratado de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953. Tomo I.
14. BARBAGELATA, Héctor-Hugo. El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo. (54): 493-504. jul-ago, 1992.
15. BASCUÑÁN V., Antonio. Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno (apuntes de la cátedra de Introducción al Derecho). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998. 117p.
16. Seminario Trabajo, Identidad y Vínculo Social (2005, Santiago), Trabajo, Identidad y Vínculo Social: Reflexiones y experiencias en el capitalismo flexible. Santiago. Chile. Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.
17. CAMEJO, Armando. Ética en las relaciones laborales: una nueva visión en los tiempos de globalización.[en línea] <http://www.revistafuturos.info/raw_text/raw_futuro17/etica_rl_global.pdf> [consulta: 06 junio 2008].
18. CARCOVA, Carlos. “Complejidad y Derecho”. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2005. [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_05.pdf_p65> [consulta: 01 julio 2008].
19. CINTERFOR [en línea] <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/newsroom/resenas/2002/rep_tra.htm> [consulta: 01 julio 2008].
20. CÓDIGO DEL TRABAJO.
21. CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile.
22. Consulta [en línea] <http://www.ergonomica.cl/biblioteca/Informe_2006.pdf> [consulta: 02 octubre 2008]
23. Consulta [en línea] <<http://www.ergonomica.cl/content/view/8/1/>> [consulta: 01 octubre 2008]
24. CORPORACIÓN DE PROMOCIÓN UNIVERSITARIA, ASOCIACIÓN NACIONAL DE MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL DE CHILE. Proyecto de capacitación, perfeccionamiento y política judicial. Santiago, Chile. CPU. 1990-91. v1.
25. CORREA SELAME, Jorge. Nuevo procedimiento laboral. Santiago, Editorial PuntoLex, 2006. 172p.
26. CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena y BARALDI, Claudio Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Barcelona, Anthropos Editorial, 1996. 191p.

27. D'ORS, Álvaro. Escritos varios sobre derecho en crisis. Madrid, ARBOR, 1976. 108p.
28. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. y PALOMO VELEZ., Diego. (Coord.). Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 700p.
29. DE LA VILLA, Luis. Ley de Procedimiento laboral: comentada y con jurisprudencia [en línea] La ley <<http://books.google.cl/books?id=LAMwLxqFWD0C&printsec=frontcover# PPA163,M1.>> [consulta: 03 marzo 2009]
30. DELGADO DE SMITH, Yamile. Luhmann y Maturana. A propósito de las relaciones industriales, el trabajo y la gestión de lo humano. NOESIS Revista de Ciencias Sociales y Humanidades. [en línea] 15 (29): 135-151, 2006 <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=85902907>> [consulta 16 julio 2008].
31. DEWEY, Matías. Procedimientos fallidos: disposición al riesgo y legitimación de expectativas normativas en Argentina. Revista de Sociología [Universidad de Chile] (22): 165- 217. 2008.
32. DICCIONARIO DE FILOSOFÍA. [en línea] < <http://www.e-torredababel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/SantoTomas/Contingencia.htm>> [consulta: 17 agosto 2008]
33. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea] <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=orden> [consulta: 18 agosto 2008]
34. DRUCKER, P. “La gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas”, Buenos Aires, El Ateneo, 1985.
35. DUNLOP, John. Sistemas de relaciones industriales. Santiago, Chile, Editorial el pacífico, 1967. 287p.
36. DURÁN LÓPEZ, Federico. El futuro del Derecho del Trabajo. Revista Española de Derecho del Trabajo (78): 601-617, jul-ago. 1996.
37. FARIAS, Ignacio, OSSANDÓN, José (ed). Observando sistemas. Santiago, Chile, RIL 2006. 392p.
38. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandro. Presupuestos de una concepción jurisprudencial del derecho romano. Santiago de Compostela, (Serie de Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela). 1976. 105p.
39. GAETE BERRÍOS, Alfredo. Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1966.
40. GALIANO HAENSCH, José. Ética social fundamento y finalidad de la ética jurídica. Santiago, Chile. Ediciones ChileAmérica – CESOC. 2004.
41. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Daño moral en el contrato de trabajo. Santiago, Chile, LexisNexis. 2005. 194p.
42. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. El mobbing o acoso moral laboral. Santiago, Chile. LexisNexis. 2006a. 154p.

43. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Lineamientos del Derecho del Trabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2006b. 281p.
44. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Prueba Indiciaria en el Nuevo Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales. Revista Laboral Chilena (171): 78-81, nov. 2008.
45. GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Buenos Aires. Argentina. Editorial Ad-Hoc.1998. 688p.
46. GAZMURI RIVEROS, Consuelo. La justicia del Trabajo en Chile. Realidad y perspectivas. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2004. 62p
47. GAZMURI RIVEROS, Consuelo. La segunda instancia en materia laboral. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2005. 34p
48. GRUN, Ernesto. La aplicación de la sistemática y la cibernética al Derecho. Panóptica, año 1, n. 7, mar-abr 2007. [en línea] <<http://www.filosofiyderecho.com/rtd/n3.html>> [consulta: 13 junio 2008]
49. GUZMÁN BRITO, Alejandro. Modificaciones al título preliminar del Código Civil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
50. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez sobre el derecho y el estado democrático de derecho en teoría de discurso. Madrid, Trotta, 1998. 689p.
51. HALPERN MONTECINO, Cecily. Suspensión y terminación de la relación de trabajo. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1999.
52. HART, Herbert Lionel Adolphus. EL concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1998. 332p.
53. HENRÍQUEZ, H., y RIQUELME, V. Lejos del Trabajo Decente: el empleo desprotegido en Chile. Santiago, Chile, Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios, 2006. 180p.
54. HISTORIA DE LA LEY N° 20.087 sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf>> [consulta: 16 marzo 2009].
55. Informe sobre el empleo en el mundo 2001. La vida en el trabajo en la economía de la información. OIT. Ginebra. 2002. [en línea] <<http://books.google.cl/books?id=iyeZwSLgR5gC&dq>> [consulta: 10 septiembre 2008]
56. Informe sobre el empleo en el mundo 2001. La vida en el trabajo en la economía de la información. OIT. Ginebra. 2002. 407p.
57. Informe sobre el empleo en el mundo 2004-2005. Empleo, productividad, y reducción de la pobreza. OIT. Ginebra. 2005. [en línea]

- <<http://www.ilo.org/public/english/employment/strat/download/wr04c1sp.pdf> > [consulta: 11 septiembre 2008] 278p.
58. JURI SABAG, Ricardo. El teletrabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2006. 180p.
 59. KAHN FREUND, Otto. Trabajo y Derecho. Traducción y Nota Preliminar de Jesús M. Galiana Moreno. Madrid, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1987. 482p.
 60. KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. México, Imprenta Universitaria, 1949. 424p.
 61. KLAUS, Eder. Las sociedades aprenden y aún así el mundo es difícil de cambiar. Revista de sociología [Universidad de Chile] (22): 11-32. 2008.
 62. KOHLER, H. ARTILES M. Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales, Madrid, Delta, 2005.
 63. KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado práctico de Derecho del Trabajo. 2ª ed. Buenos Aires, Ediciones Depalma. 1968. V.1.
 64. LARROULET, Cristian. Economía. 2º ed., Santiago, Chile, Mc Graw Hill, 2003. 714p.
 65. LEIGH, Paul et al. Costs of Occupational Injuries and Illnesses, E.E.U.U. The University of Michigan Press, 2000. 310p.
 66. LÓPEZ, Diego. Derechos, trabajo y empleo. Santiago, Chile, LOM, 2004. 224p.
 67. LÓPEZ, Diego. ¿Derecho del trabajo o derecho del empleo? La nueva función de la legislación laboral. [en línea]. Nueva Sociedad <http://www.nuso.org/upload/articulos/3160_1.pdf> [consulta: 20 noviembre 2008].
 68. LÓPEZ, Marcos. Flexibilidad laboral chilena y principio de protección de la fuente del empleo. Algunas hipótesis. [en línea]. < http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-59903_recurso_8_aporte_al_debate_8.pdf > [consulta: 24 diciembre 2008].
 69. LUHMANN, Niklas. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Traducción de Ignacio de Otto Pardo. Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1983. 153p.
 70. LUHMANN, Niklas. Teoría de la Sociedad. Guadalajara, Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993. 444p.
 71. LUHMANN, Niklas. Confianza, Barcelona, Anthropos Editorial. 1996. 178p.
 72. LUHMANN, Niklas. Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia. Editado y traducido por Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid, Trotta Editorial, 1998a. 22p.
 73. LUHMANN, Niklas. Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general. Barcelona, Anthropos Editorial. 1998b. 445p.
 74. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Traducción de Javier Torres Nafarrete. México, DF. Universidad Iberoamericana. 2002. 673p.

75. MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido. Manual de Derecho Procesal del Trabajo. Santiago, Chile, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 1997. 259p.
76. MASCAREÑO, Aldo. Una rosa es una rosa, es una rosa... Persona y Sociedad. XVIII (2):301-306, 2004.
77. MASCAREÑO, Aldo. Acción estructura y emergencia en la teoría sociológica. Revista de sociología [Universidad de Chile] (22): 217-257. 2008.
78. MASCAREÑO, Aldo. Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo. [en línea] <http://sociologia.uahurtado.cl/carrera/html/pdf/publicaciones/etica_contingencia.pdf> [consulta: 16 de agosto 2008].
79. MATURANA MIQUEL, Cristián. Derecho Procesal Orgánico: introducción, la jurisdicción, la competencia (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2003. 295p.
80. MATURANA MIQUEL, Cristián. Las medidas cautelares. (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2007. 139p.
81. MATURANA MIQUEL., Cristian. Órganos Jurisdiccionales (apuntes de la cátedra de derecho procesal). Santiago, Chile, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, 2006. 235p.
82. MATURANA ROMESÍN, Humberto. La realidad: ¿objetiva o construida? I. Fundamentos biológicos de la realidad. Barcelona, Anthropos Editorial. 1997a. 162p.
83. MATURANA ROMESÍN, Humberto. La realidad: ¿objetiva o construida? II. Fundamentos biológicos de la realidad. Barcelona. Anthropos Editorial.1997b. 286p.
84. MATURANA, Humberto. VARELA, Francisco. El árbol del conocimiento. 19ª ed. Santiago, Chile, Editorial Universitaria.2007. 171p.
85. MEJIA QUINTANA, Oscar. La Corte Constitucional: entre la emancipación social y la eficacia sistémica. [en línea] <<http://deliberatum.net/CORTE2.pdf>>[consulta: 14 febrero 2009].
86. MONEREO PÉREZ, José Luis. Introducción al Nuevo derecho del Trabajo: Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. 414p.
87. MONTECINOS, Raúl. El e-mail laboral en Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2007. 309p.
88. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia. Revista española de Derecho del Trabajo. (58): 173-188, mar-abr. 1993.
89. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho y Trabajo. Madrid, Civitas, 1997. 116p.
90. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 29ª ed. Madrid, Tecnos, 2008. 827p.

91. MUÑOZ SANCHEZ, Andrea y VILLARROEL HOLTSHAMP, Cristina. Aportes para elaborar un programa de formación y perfeccionamiento de jueces. Santiago, Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1995. 139p.
92. NIETZSCHE, Federico. Humano, demasiado humano. Buenos Aires, Gradifco, 2004.
93. OIT. Informe de Comisión. Por una globalización justa: Crear oportunidades para todos, [en línea] <www.ilo.org/public/english/fairglobalization/report/index.htm> . [consulta: 11 agosto 2008]
94. *Ordenanzas dictadas por el licenciado Melchor Calderón para los negros del reino de Chile*. 10 de noviembre de 1577.
95. PACHECO GÓMEZ, Máximo. Teoría del Derecho. 4ª ed. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1990. 1622p.
96. PACHECO GÓMEZ, Máximo. La abogacía y sus opciones profesionales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. 259p.
97. PALOMEQUE, Manuel y ÁLVAREZ, Manuel. Derecho del Trabajo. 16ª ed. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008. 906p
98. PEDRALS, Antonio. ¿Hacia una nueva síntesis? En ¿Qué queda de la teoría pura del derecho? Jornadas Académicas U. de Valparaíso. Valparaíso, EDEVAL. 2005.222p.
99. PÉREZ AMORÓS, Francisco. Retos del Derecho del Trabajo del futuro. Revista de Derecho Social (32): 45-78, oct-dic. 2005.
100. PIETSCH, Max, La Revolución Industrial: De la Máquina de Vapor a la Racionalización. Barcelona. Editorial Herder. 1965. 134p.
101. PIZZI, Jovino. El mundo de la vida. Husserl y Habermas. Ediciones Universidad Católica Silva Henríquez. 2005. 190p.
102. POBLETE JIMENEZ, Carlos. Apuntes-guías de la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002.
103. POBLETE, Ricardo y RETAMAL, César. Reinserción laboral en la vejez. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2008. 233p.
104. RAZ, Joseph. El concepto de sistema jurídico. México, Imprenta Universitaria, 1949. 289p.
105. RODRIGUEZ, Darío. ARNOLD, Marcelo. Sociedad y teoría de sistemas. 4ª ed. Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 2007. 200p.
106. ROMAGNOLI, H., ERMIDA O., TAPIA, F., Experiencias de flexibilidad normativa. Santiago, Chile, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992. 105p.
107. ROMAGNOLI, Humberto. Modernización e involución del derecho del trabajo. Revista de Derecho Social N ° 28. Editorial Bomarzo. 2004.

108. ROMERO SEGUEL, Alejandro. La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho (Una perspectiva procesal). Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 149p.
109. SCHAEFER, Richard. Introducción a la Sociología. 6ª ed. Madrid, Mc Graw Hill. 2006. 467p.
110. SEMINARIO sobre Resolución de conflictos laborales. Perspectivas para una reforma. Santiago, Chile, Editado por Dirección de Comunicaciones de Codelco-Chile, 2000. 47p.
111. TAKALA, Jukka. Global estimates of fatal Occupational Accidents Epidemiology. [en línea] <http://www.who.int/quantifying_ehimpacts/methods/en/takala.pdf> [consulta: 05 octubre 2008].
112. THAYER ARTEAGA, William. El Nuevo Procedimiento Laboral. Revista Laboral Chilena. (166): 73-82, mayo 2008.
113. TOPF, Henning. El Proceso Laboral en Alemania. Legislación y Jurisprudencia de la ejecución laboral en el Derecho Alemán [en línea] <<http://www.graduadosocial.com/php/almacen.php?id=886>> [consulta: 16 de febrero de 2009].
114. UGARTE CATALDO, José Luis. El Nuevo Derecho del Trabajo. Santiago, Chile, LexisNexis, 2007. 262p.
115. UGARTE CATALDO, José Luis. Los Actos propios en materia laboral o guía de cómo inventarse una Doctrina. Revista Laboral Chilena. (172): 90-93, dic. 2008.
116. VALENZUELA DONOSO, Andrés. La Reforma Laboral: de la “Cultura del Expediente” a la Sala de audiencias. Revista Laboral Chilena (170): 73-75, sep.-oct. 2008,
117. VALLE, Aldo. La teoría pura como eslabón. En: ¿Qué queda de la teoría pura del derecho? Jornadas Académicas U. de Valparaíso. Valparaíso, EDEVAL, 2005. 222p.
118. VALVERDE, Martín, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín, GARCIA, J. Derecho del Trabajo. 17ª ed. Madrid, Tecnos, 2008. 988p.
119. VARILLAS SOLANO, Juan. La valoración de la prueba en el proceso civil [en línea] <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1_2001/16.pdf.p2>. [consulta 19 marzo 2009].
120. VEGA FERNANDEZ, Humberto. “En vez de la injusticia. Un camino para el desarrollo de Chile en el siglo XXI”. Santiago, Chile, Debate, 2007. 447p.
121. VERDUGO, Mario y GARCIA, Ana M. Manual de derecho político. 4ª Ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. 388p.
122. WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho vivo. Santiago, Chile, Universitaria, 2003. 718p.
123. WILLIAMS B., Jaime. Separata de Gnoseología y Gnoseología Jurídica. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.