



EL DEBER DE SEGURIDAD DEL EMPLEADOR EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO LABORAL CHILENO

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho en la Universidad de Sevilla,
en régimen de cotutela con la Universidad de Chile

Autora:

MARIA CRISTINA GAJARDO HARBOE

Tutoras:

Dra. Carolina Bruna Castro – Universidad de Chile

Dra. Patrocinio Rodríguez Ramos – Universidad de Sevilla

Santiago, Chile

2019

Agradecimientos

Mi gratitud hacia las Profesoras Carolina Bruna y Patrocinio Rodríguez que guiaron mi trabajo con generosidad. A los Profesores Cristian Banfi, Flavia Carbonell, Sofía Correa, Liliana Galdamez, Ramón Huidobro, Juan Pablo Mañalich, Irene Rojas y Jonathan Valenzuela, quienes lo comentaron y enriquecieron en las distintas etapas. Al Ministro de la Excma. Corte Suprema de Chile, Jorge Dahm, que facilitó el análisis cuantitativo de sentencias. A Eduardo Yáñez y a mis compañeros por las conversaciones mantenidas durante este tiempo de trabajo y reflexión. Y desde luego a mi familia.

Tesis doctoral

«El Deber de Seguridad del Empleador en el ordenamiento jurídico laboral chileno»

M. Cristina Gajardo Harboe¹

Resumen

El artículo 184 del Código del Trabajo chileno establece: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.” Esta norma consagra el deber de seguridad del empleador y es el objeto de la investigación.

Esta tesis va a probar que el deber de seguridad del empleador en sus efectos es un concepto jurídico indeterminado y que, por las especificidades del tipo de actividad que realiza el empleador como los alcances temporales de dicho deber, es posible dentro de la lógica del Derecho del Trabajo, dotarle de contenido utilizando el sistema de fuentes del derecho y, en particular, los principios que lo informan, pues estimamos que son fuente normativa, informadora e integradora del derecho.

Para ello se examina el principio protector, que es pilar fundamental del Derecho del Trabajo, pues lo distingue históricamente del Derecho Civil, el cual sin embargo se muestra insuficiente en su función normativa e informadora, respecto de las condiciones en que la protección de la vida y salud de los trabajadores debe ser eficaz. Así, el protectorio deviene en el principio de prevención de riesgos laborales, en virtud del cual el empleador debe efectuar una evaluación de los riesgos, crear un plan de prevención para hacerles frente y luego medir sus resultados.

Un plan de prevención de riesgos laborales debe naturalmente provenir de la misma empresa, ya que no es función del legislador anticipar y regular todas las situaciones fácticas que puedan dar lugar a riesgos laborales, nadie más que el empleador y sus trabajadores conocen el lugar de trabajo desde la experiencia.

¹ Tesis elaborada en cotutela de las Universidades de Chile y de Sevilla, diciembre de 2019.

Planteamos que el rol del ordenamiento jurídico es establecer las condiciones para que el empleador y los trabajadores, efectúen las evaluaciones de riesgos laborales y confeccionen un plan de prevención de riesgos laborales, así como sus modificaciones, y les tocará producir sus propias condiciones normativas bajo el alero de la legislación.

Esta tesis propone en definitiva un modelo de autorregulación regulada de los riesgos laborales, lo que permite satisfacer de mejor forma el principio protector, expresado en el de prevención, que inspira el Derecho del Trabajo. Por lo tanto, se busca identificar para Chile un marco de regulación adecuado para que, dentro del mismo, los sujetos de la relación laboral puedan establecer sistemas preventivos acordes con la realidad particular en que les corresponde actuar.

Las herramientas elegidas son los principios del Derecho del Trabajo y en particular el protector y el preventivo, y el modelo normativo de autorregulación reglada, del que viene dando cuenta la dogmática comparada desde hace algún tiempo.

En concreto, se busca dotar de contenido al deber de seguridad del empleador establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo chileno, para que, sin perder su condición de concepto jurídico indeterminado, dotado de flexibilidad y adaptación normativa a los cambios espontáneos que se dan en la realidad, logre la eficacia exigida en su texto para la protección de la vida y salud de los trabajadores. Así, se busca una adecuada complementación con estándares propios del campo basados en un modelo de autorregulación reglada, evitando la incertidumbre jurídica e incentivando la protección laboral.

Se toma como fuente inspiradora el derecho europeo y en particular el derecho español, por su mayor desarrollo y el Convenio 155 de la OIT, cuyas directrices se recogen en el derecho español, para establecer cuáles son las reglas básicas que desde la legislación debieran contemplarse, para un funcionamiento eficiente del modelo que se propone para Chile.

En definitiva, esta tesis plantea la necesidad de un sistema de autogestión de riesgos laborales, en la cual sean los empleadores y trabajadores agentes activos en la prevención de los riesgos, siguiendo un estricto programa de identificación, gestión, eliminación y por

qué no aceptación de riesgos laborales. Se propugna un cambio de modelo en virtud del cual el antiguo destinatario de las obligaciones jurídicas sea ahora agente activo en su formulación y seguimiento, y ya no un condenado por indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Tabla de contenido

Introducción	8
Hipótesis:	23
Objetivo general:.....	23
Objetivos específicos:	24
Metodología:	24
Resumen de capítulos en que se estructura la tesis:.....	27
Capítulo I: El deber de seguridad del empleador en Chile; la responsabilidad civil y el papel de los organismos administrativos;	30
1. Los instrumentos de la OIT en Seguridad y Salud del Trabajo	30
2. La Seguridad y Salud en el Trabajo en el modelo constitucional chileno	37
3. Delineamiento del deber de seguridad del empleador	40
3.1 Es contrapartida al poder de dirección:	41
3.2 Es parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo:	43
3.3 Regulación positiva del deber de seguridad y los conceptos jurídicamente indeterminados que contiene:	44
3.4 Naturaleza jurídica del deber de seguridad del empleador:	48
3.4.1 Naturaleza contractual:.....	49
3.4.2 Naturaleza legal o mixta.....	51
4. El deber de seguridad del trabajador	55
4.1 En los estándares de la OIT y el marco de regulación europeo	55
4.2 Contenido y alcances en la legislación chilena	57
4.3 Normativa actual del modelo chileno de prevención de riesgos laborales;	59
4.4 Negativa del trabajador a la prestación de los servicios contratada;	65
4.5 El <i>ius resistencia</i> ;.....	66
4.6 La <i>exceptio non adimpleti contractus</i> :	66
4.7 Jurisprudencia judicial relacionada:	68
5. Naturaleza de la responsabilidad del empleador. En torno a la teoría del riesgo profesional	70

6. Responsabilidad por culpa: ¿obligación de medios o de resultado?	75
7. El papel de los organismos administrativos	84
7.1 El problema de la sanción administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados	86
 Capítulo II: El principio protector, el principio preventivo, el principio precautorio y el deber de seguridad del empleador	100
1. Introducción	100
2. Sobre el principio protector en el derecho del trabajo	118
2.1 La función normativa del principio protector:	121
3. La presencia del principio protector en el derecho del trabajo, influencia en el medio ambiente laboral	128
4. El principio preventivo y el principio precautorio en el medio ambiente laboral	130
4.1 Delimitación del riesgo	131
4.2 Principio de prevención	133
4.3 Evolución del principio de prevención:	134
4.4 Principio de precaución	140
4.4.1. El factor temporal	144
4.4.2. Los estándares ambientales:	145
4.4.3. Actuar conforme a lo dispuesto en una autorización:	146
4.4.4. Los riesgos en desarrollo:	147
4.4.5. Cumplimiento de una orden o instrucción dictada por una autoridad	148
4.5 Algunas características del principio precautorio:	149
4.6 El principio de precaución y la sociedad del riesgo.	151
4.7 El riesgo en el medio ambiente general y en el medio ambiente laboral.....	152
4.8 Participación social en la gestión del riesgo	156
5. El impacto de los principios analizados en el deber de seguridad del empleador	159
 Capítulo III: Hacia un sistema normativo de autorregulación regulada para proteger los riesgos laborales	161
1. Notas sobre la concepción tradicional de la función del derecho	161
1.1 Ley y procedimiento democrático	177

1.2 Concepción científica de la aplicación tradicional del derecho	179
2. La universalidad del derecho y la particularidad de la complejidad social. Efectos de esta dicotomía en un modelo de prevención de riesgos laborales;	189
3. El modelo de «reflexividad normativa» de Gunther Teubner y su operatividad para un modelo de prevención de riesgos laborales	197
4. Modelo de reflexividad normativa y liberalismo	215
5. Normatividad reflexiva y Derecho del Trabajo	231
Capítulo IV: El deber de seguridad del empleador en el derecho de la Unión Europea y el derecho español	247
1. Genealogía del marco normativo europeo y español en materia de seguridad y salud en el trabajo	247
1.1 El Derecho Europeo.....	247
1.1.1 Acerca del principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible:..	255
1.1.2 El estándar de diligencia exigible al empleador.....	257
1.1.3 Influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en las normas de la Unión Europea sobre Seguridad y Salud en el Trabajo:	259
1.2 La normativa española	260
1.2.1 Previsiones de la Constitución Española	260
1.2.2 Normas de rango legal y otros instrumentos.	267
2. Aproximación dogmática en torno al deber de seguridad del empleador en España;	275
2.1 Planteamiento del problema:	275
2.2. El deber de prevención en la L.P.R.L.:	278
2.2.1 Elementos generales de su configuración	278
2.2.2 Análisis de su concreción normativa	283
2.2.3 El derecho/deber de seguridad del trabajador;.....	289
2.2.4 Responsabilidad civil de empleador en el contexto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales;	296

2.2.5 Participación de los trabajadores en la evaluación y elaboración de un Plan de Prevención de Riesgos;.....	304
Capítulo V: Conclusiones generales	309
Elementos distintivos para un modelo de regulación reglada en Chile.	309
Bibliografía	326

Introducción

El artículo 184 del Código del Trabajo chileno establece que “el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales”.

¿Qué obligaciones concretas para el empleador comprende el deber de seguridad? Esta pregunta hoy no tiene respuesta satisfactoria. Pero antes de ocuparnos de ello, haremos una precisión conceptual.

Hemos optado por señalar al cuidado de la vida y la salud de los trabajadores por parte del empleador como un “deber” y no como “obligación”, porque entendemos que la denominación de deber se conecta mucho mejor con el contenido no patrimonial del contrato de trabajo, que determina la existencia de deberes morales mutuos, tales como el de obediencia, de respeto, de fidelidad, de lealtad, de buena fe.

Se trata de un contenido interno del contrato de trabajo que debiera traducirse naturalmente en la aplicación de la norma jurídica objeto de nuestro estudio, el artículo 184 del Código del Trabajo, en el proceso de adjudicación que los jueces hacen de ella. Y aun cuando no constara de un modo explícito en el ordenamiento jurídico, debiera entenderse incorporado al contrato de trabajo por ser un contenido de la naturaleza del mismo, atento lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil.

Volviendo a las obligaciones concretas contenidas en el precepto legal que estudiaremos, en él se contienen “eficazmente”, “adecuadas” y “necesarias”, lo que ha dado lugar a atribuir contenidos insospechados a este deber desde la doctrina civilista, que es la que se ha ocupado del tema hasta ahora, en razón de la reparación también civil de los daños que origina su incumplimiento², de modo tal que existiendo doctrina relevante en torno al

² El artículo 69 de la Ley N°16.744 establece: “Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas: b) la víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”.

artículo 184 del Código del Trabajo, ésta se ha detenido exclusivamente en el análisis de la eficacia en cuanto al resultado esperado, y en caso de manifestarse el riesgo laboral en un accidente del trabajo, ha presumido la culpa del empleador simplemente por el acaecimiento del accidente. La misma tendencia se aprecia a partir del análisis de la jurisprudencia judicial de los últimos años.

En efecto, el profesor de Derecho Civil José Luis Diez Schwerter³ expresa que la ocurrencia de un accidente del trabajo o una enfermedad profesional permite a la jurisprudencia deducir la culpa, pues pone de manifiesto un fracaso de las medidas que ha debido adoptar el empleador para proteger la vida o salud de sus trabajadores; o no se han adoptado las medidas necesarias, o las que se han puesto no han sido eficaces. Agrega que para nuestra jurisprudencia el deber de protección/obligación de seguridad implica que el empleador debe cumplir también una extensa normativa, de dispersa jerarquía, que concretiza y/o complementa lo preceptuado en el artículo 184 del Código del Trabajo, y que al igual que en la teoría general de la culpa, en este sector especial nuestra jurisprudencia entiende que el cumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias no exime del deber de adoptar las demás medidas de prudencia y atención que las circunstancias requieran.

Agrega el profesor Ramón Domínguez Águila⁴, también desde el derecho civil, que “entre nosotros, y en esta materia, esa obligación implícita es la de seguridad, que aparece en el texto del art. 184 del Código del Trabajo; pero entendida en términos tales que determinan de hecho que una responsabilidad subjetiva mantenga únicamente de ésta la calificación pues, en la práctica, el único modo de escapar de ella para el empleador es a través de la prueba, que por lo demás se le impone, de la causa extraña: culpa exclusiva de la víctima exclusiva o parcial y caso fortuito o fuerza mayor”.⁵ Es la lógica de una obligación de

³ José Luis Diez Schwerter, «*La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales*». Cuadernos de Extensión Jurídica 10, Universidad de los Andes (2005) 73-97.

⁴ Ramón Domínguez Águila, «*Los accidentes del Trabajo, Historia y visión general de su régimen actual*». Cuadernos de Extensión Jurídica 20, Universidad de los Andes (2011) 21-36.

⁵ Hay discusiones interesantes en cuanto a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad del empleador; a las dimensiones que alcanza en sistemas de trabajo descentralizado; si en la práctica se sanciona con criterios de responsabilidad estricta; si el empleador responde conforme a criterios de culpa leve o levísima; la sede en que las víctimas por rebote deben accionar por la reparación del daño moral ocasionado por un accidente del trabajo. Estas discusiones son llevadas fundamentalmente por profesores

resultado, en donde se asume la existencia de culpa cuando el trabajador resulta dañado, y el empleador es puesto en la posición jurídica de responder por ese daño; esta lógica no tiene que ser confundida con la responsabilidad estricta, que no es la consecuencia necesaria de una obligación de resultado, aunque a veces en la motivación de los fallos de nuestros tribunales se confunda.

Siendo el deber de seguridad una obligación de resultado inserto dentro de un estatuto de responsabilidad por culpa, pues así lo establece explícitamente el artículo 69 literal b) de la Ley N°16.744 en Chile, todos los intervinientes en la relación de trabajo (trabajador, empleador, empresa principal, empresa usuaria de servicios transitorios), los funcionarios fiscalizadores, los jueces y en general los operadores del sistema, tendrían que conocer el contenido esperado de dicho deber, para incentivar así su cumplimiento y poder atribuir culpa en caso de incumplimiento de manera correcta, sin exponerse a reproches de actuaciones discrecionales, activismo judicial o de entender la aplicación de la norma en cuestión como una de responsabilidad estricta.

En lo relacionado con el contenido del deber de seguridad del empleador, desde el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social⁶, ha sido tratado solo de un modo general como parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo, también llamado contenido ético-jurídico.

En una mirada clásica, los profesores William Thayer y Patricio Novoa señalaron que la obligación del empleador de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, atendido el origen histórico de la norma que la estableció, apunta más específicamente a la obligación de higiene y seguridad; y que la regulación de este deber no queda entregada a la autonomía de la voluntad de las partes sino que comprende en general una serie de normas de derecho necesario, que derivan de la

de Derecho Civil y en todos los casos se discute teniendo como punto de partida la atribución de responsabilidad civil del empleador una vez que el riesgo se manifestó. El objeto de este trabajo no dice relación con estas discusiones.

⁶ Se está utilizando la conceptualización de Pierre Bourdieu, para quien la disciplina es un campo relativamente estable y delimitado, y, por tanto, relativamente fácil de identificar: tiene un nombre reconocido escolar y socialmente. La disciplina se define mediante la posesión de un capital colectivo de métodos y conceptos especializados cuyo dominio constituye el derecho de admisión, tácito o implícito del campo. Bourdieu, Pierre, «*El oficio científico. Ciencia de la ciencia y reflexibilidad*». Anagrama, Barcelona (2003) 72-83, 111-126.

esencia de la relación laboral, su contenido, forma y extensión están reglados por la autoridad mediante normas de orden público.⁷

Más recientemente, Irene Rojas lo trata bajo la denominación de deber de seguridad y salud en el trabajo y expresa que “la doctrina tradicional otorga a este contenido fundamentos más bien débiles, en circunstancias que los derechos del trabajador tienen base jurídica segura y fuerte. Primero, protección de la persona del trabajador, por una parte a la dignidad y respeto a los Derechos Humanos. Segundo, el deber de seguridad y salud en el trabajo. Tercero, protección de la capacidad profesional del trabajador. Protección a la maternidad”.⁸

Por su parte, Gabriela Lanata sostiene que el artículo 184 del Código del Trabajo “se encuadra en las normas específicas de protección a los trabajadores, se contempla su contenido ya no solo como un riesgo social, sino como el derecho subjetivo de que goza el trabajador, conteniendo obligaciones específicas inherentes a la entrega de implementos necesarios para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, pero también la de informar de los posibles riesgos que pueda implicar la actividad. Incluye también una clara obligación adicional a las anteriores y que operará cuando las medidas preventivas han fracasado, esto es, prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica. No se trata aquí de exigirle al empleador cumplir con la obligación de asegurar al trabajador, sino que va más allá de ello: tiene la obligación directa de tomar las medidas indicadas”.⁹

Ninguno de estos autores esboza criterios o estándares sobre las medidas de cuidado específico requeridas para que un accidente del trabajo no se manifieste; lo que para un empleador constituyen medidas de prevención necesarias, adecuadas y eficaces, para otro no lo serán. Los calificativos utilizados por el artículo 184 del Código del Trabajo, de “eficazmente”, “adecuadas” y “necesarias” no tienen hasta ahora un contenido fijado por el

⁷ William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, «Manual de Derecho del Trabajo», Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, primera edición (1980) 324, 327.

⁸ Irene Rojas Miño, «Manual de Derecho del Trabajo». Lexis-Nexis, Chile (2004)173-174.

⁹ Gabriela Lanata Fuenzalida, «El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental», Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje, Legal Publishing, Santiago (2011) 349.

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, limitándose la doctrina especializada a destacar la importancia que tiene el deber de cuidar la vida y salud de los trabajadores en globo, como parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo.

Este vacío es menor respecto del calificativo “adecuadas” que utiliza el precepto en estudio, porque contribuye a darle contenido el D.S. 594 de 1999, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo.

Surge la interrogante en torno a cuáles son las reglas que el empleador debe cumplir y satisfacer, para que desde un punto de vista jurídico se entienda que ha cumplido con este deber de seguridad, en términos de lograr su satisfacción “eficazmente”, habiendo entregado los elementos de protección “necesarios” para evitar el riesgo. Dicho en otros términos, no sabemos de manera determinada cuáles son las obligaciones concretas que el empleador debe cumplir para satisfacer de manera eficaz y necesaria el deber de seguridad.

Cayetano Núñez señala a propósito del artículo 184 del Código del Trabajo, que “el marco normativo se dilata de un modo inexorable, con una extensión que dificulta su conocimiento especializado. El panorama no presenta un manejo sencillo, porque es ineludible conocer, de un lado qué norma es aplicable en cada caso y, de otro, por el debido respeto al principio de integridad del ordenamiento jurídico, cómo se articulan y relacionan todas ellas.”¹⁰

A la observación anterior cabe agregar que, si bien desde un punto de vista técnico es posible que casi todos los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales pueden evitarse o prevenirse en la actualidad, ese estándar no se encuentra traducido a normas legales o reglamentarias que conduzcan al empleador a un cumplimiento determinado del deber de seguridad.

Hemos referido el inconveniente de la indeterminación del contenido del deber de seguridad del empleador en el ordenamiento jurídico chileno, en lo relacionado con la responsabilidad civil del empleador a los efectos del artículo 69 de la Ley N°16.744. Pues

¹⁰ Cayetano Núñez González, «Marco Normativo Chileno de la Prevención de Riesgos Laborales», Librotecnia, Santiago, (2013) 55.

bien, esta indeterminación presenta también problemas en el ámbito infraccional. El supuesto de operación de este ámbito de responsabilidad del empleador será su falta de cumplimiento de las normas que lo obligan a cumplir con el deber de seguridad.

La tipicidad es un principio fundamental del derecho administrativo sancionador. Debe apreciarse muy claramente por el operador jurídico cuál es la conducta sancionada y el interés protegido por la misma, estándar que resulta difícil de satisfacer en lo relacionado con el deber de seguridad del empleador.

La conducta central que debe verificarse en el empleador descansa en conceptos jurídicamente indeterminados, como son la “eficacia” en la protección de la vida y salud de los trabajadores, y los medios de protección “necesarios” para tal fin, conforme lo establece el artículo 184 del Código del Trabajo, y no en la técnica de la discrecionalidad, en donde pueda el adjudicador elegir entre distintas alternativas para medir el cumplimiento del deber de seguridad y atribuir las responsabilidades consecuentes.

La calificación jurídica de la eficacia y de la necesidad a que hacemos mención queda entregada en cada caso particular al criterio del funcionario fiscalizador o del juez, quienes en los hechos terminan dando contenido a dicha exigencia. Así, la exigencia de tipicidad de la conducta infraccional sin estándares objetivos para su aplicación, no se cumple, al no poder apreciarse ex – ante, en el artículo 184 del Código del Trabajo, cuál es en concreto la conducta sancionada.

Esta realidad dificulta la construcción del acto administrativo sancionador y afecta su eficacia. El que estemos ante un concepto jurídico indeterminado debiera traducirse en la existencia de una norma de textura abierta, que admite su concreción a casos concretos y al mismo tiempo que pueda ir adecuándose a algunas características del contrato de trabajo (dinámico, de tracto sucesivo), en donde no quepa duda en torno a cuál debió ser la forma de cumplir con el deber de seguridad y que permita concluir si el empleador cumplió o no cumplió.

Raúl Fernández y Pedro Contador¹¹ sostienen que la particular naturaleza de las contravenciones administrativas en la prevención de riesgos laborales, en las que se suman componentes múltiples y complejos, algunos de ellos impregnados de elementos técnicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, hacen imposible su condensación descriptiva en un precepto de orden general como lo es una ley, lo que provoca que el principio de tipicidad al trasladarse al ámbito sancionatorio de la Administración del Estado admita ciertos matices de atemperación.

No compartimos esta aseveración al menos en la realidad normativa que Chile tiene hoy, en que dada la gran amplitud en que puede operar la conducta general tipificada en el artículo 184 del Código del Trabajo y la ausencia de estándares en su aplicación, se termina favoreciendo la discrecionalidad por parte de quien ejerce la potestad, vulnerando no sólo el principio de tipicidad consagrado en el inciso final del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República sino también el principio de igualdad ante la ley consagrado en el N°2 del mismo precepto constitucional.

Nuestra discrepancia dice relación además con la necesidad de promocionar desde la norma positiva la realización de conductas preventivas desde toda la sociedad, esto es, desde el Estado, los trabajadores, los empleadores y terceros que utilicen o se beneficien de la actividad económica de las empresas, todo lo cual resulta difícil de concretar en tipos infraccionales tan amplios.

Eduardo Cordero Quinzacara¹² expresa que el gran problema de la tipicidad es el nivel de densidad normativa que se le exige al legislador al determinar las conductas constitutivas de infracción. Este es un problema tradicional en el ámbito del derecho penal y se plantea a propósito de las denominadas leyes penales en blanco, en especial aquellas cuyos tipos deben ser complementados por normas reglamentarias, práctica bastante habitual en el ámbito administrativo, a lo que se agrega la indeterminación y ambigüedad en la descripción de estos tipos. Cita al efecto doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la

¹¹ Raúl Fernández Toledo y Pedro Contador Abraham, «Principios del derecho administrativo sancionados en la normativa sobre prevención de riesgos laborales», Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo, año XVI, N°31 (2015)311-337.

¹² Eduardo Cordero Quinzacara, «Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno», Legal Publishing Chile (2014) 244-245.

cual el artículo 19 N°3 de la Constitución exige que la conducta se encuentre “expresamente” descrita en la ley, pero no que esté “completamente” descrita en el precepto legal, lo que permite dar cobertura al amplio catálogo de leyes cuyos deberes son complementados por normas administrativas; sin embargo, la realidad nos entrega casos mucho más extremos, en donde la remisión realizada por la ley constituye una mera excusa para que por la vía administrativa se determinen las conductas constitutivas de la infracción, anotando por vía de ejemplo el caso del artículo 174 del Código Sanitario .

¿Es el artículo 184 del Código del Trabajo un tipo infraccional en blanco? Pudiera estimarse que la generalidad de los términos en que está planteado se supera con las normas de diversa jerarquía relacionadas a esta materia, que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, lo que José Luis Diez Schwerter¹³ advierte cuando señala que el empleador debe cumplir con una larga lista de exigencias legales, exigencias contenidas en reglamentos sectoriales (sobre protección radiológica, seguridad minera, control de armas y explosivos, almacenamiento de combustibles, etc.) así como exigencias impuestas directamente por organismos públicos en el desarrollo de ciertas actividades y el cumplimiento de la norma oficial chilena elaborada por el Instituto Nacional de Normalización y las propias disposiciones del reglamento interno de higiene y seguridad de las empresas empleadoras.

En la práctica las multas por infracciones a los deberes relacionados con la seguridad y salud en el trabajo son dejadas sin efecto en la sede judicial cuando la conducta sancionada no aparece claramente descrita en el acto administrativo que las contiene, primando muchas veces la razonabilidad ante un marco regulatorio que presenta deficiencias.

Doctrina especializada más reciente¹⁴ distingue a propósito del principio de tipicidad, entre el derecho administrativo – sancionatorio y el derecho penal, planteando una laxitud razonable en el primero, cuestión que deberemos confrontar con los principios protector, preventivo y precautorio.

¹³ Diez Schwerter, *La culpa del empresario ...*, 73-97.

¹⁴ Fernando Londoño Martínez, «*Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio*». Revista de Derecho (Valdivia). XXVII (2014) 160.

En lo relacionado con la responsabilidad penal a que puede dar lugar el incumplimiento al deber de seguridad del empleador, la situación no es muy diferente de la relatada a propósito de la responsabilidad infraccional, porque la puerta de acceso es también el artículo 184 del Código del Trabajo. En el ámbito penal no tenemos en Chile tipos penales específicos que digan relación con el incumplimiento del deber que referimos, de modo que, ante la ocurrencia de infortunios laborales con resultados dañosos, deben aplicarse los tipos penales genéricos, que son el homicidio y las lesiones, con sus variantes de cuasi delitos cuando ha mediado culpa del agresor o de delitos propiamente dichos cuando ha existido dolo. En la aplicación de estos tipos penales y particularmente en la determinación de si ha habido culpa o dolo del empleador, es determinante el examen al cumplimiento de su deber de seguridad, con los inconvenientes ya relatados de indeterminación de su contenido.

Más allá de la indeterminación de los conceptos jurídicos que contiene el artículo 184 del Código del Trabajo, en lo relacionado al deber de seguridad del empleador, que genera severos problemas interpretativos en materia de responsabilidad civil, infraccional y penal, se presenta un inconveniente adicional relacionado con el avance de la técnica y el transcurso del tiempo.

Estamos ante una obligación dinámica, que se condice con el carácter consensual y de tracto sucesivo que tiene el contrato de trabajo, que lo hace permeable a los cambios en la forma de hacer el trabajo, a los avances tecnológicos, al marco regulatorio en que se desenvuelve la actividad del empleador, en fin, a diversas circunstancias del entorno laboral que van determinando un modo especial de trabajo que puede influir en la manera de prevenir los riesgos que ello genera y, como consecuencia, en la forma de dar cumplimiento al deber de seguridad.

Esta falta de determinación que venimos refiriendo a propósito de la manera de entender satisfechas las exigencias del artículo 184 del Código del Trabajo, en cuanto a la protección eficaz de la vida y salud del trabajador, y a adoptar las medidas necesarias que conduzcan a dicho resultado, se ha reflejado en los últimos años en la jurisprudencia judicial de los tribunales laborales, quienes han motivado sus decisiones señalando por ejemplo que “la sola ocurrencia de la enfermedad profesional implica incumplimiento del deber de

protección y seguridad, por cuanto significa que aun en el caso de haberse adoptado alguna medida, en los hechos, esta resultó insuficiente ... si acaeció una enfermedad de carácter profesional significa, por lo menos, que los resguardos no fueron eficaces”.¹⁵ Y que “la obligación de diligencia y cuidado que la ley impone al empleador en la especie es de mayor entidad que la comúnmente exigida en los contratos bilaterales, pues no sólo es de cargo de aquel tomar todas las medidas de seguridad necesarias para proteger la vida y salud de sus trabajadores, sino que, además, debe hacerlo eficazmente”.¹⁶

En lo relacionado con el avance de la técnica y las medidas de resguardo exigibles al empleador, el tema ha tenido consecuencias extremas respecto de trabajadores expuestos a polvo de sílice en faenas extractivas de cobre, las que en el pasado se realizaban con estándares de seguridad muy inferiores a los imperantes hoy y, siendo la silicosis una enfermedad que progresa con el tiempo aun cuando el trabajador ya no siga expuesto a dicho riesgo, las entidades empleadoras han sido regularmente condenadas en Chile a indemnizar los perjuicios civiles que derivan de esta enfermedad profesional, habiéndose sostenido en lo relacionado con el artículo 184 del Código del Trabajo que “según el precepto, el empleador está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores...”, que “el gravamen está redactado en términos progresivos. El patrón debe adoptar “las” medidas protectivas; ¿cuáles?: las “necesarias”, es decir, las que son indispensablemente menester o hacen falta para el fin de resguardo; y tampoco basta, pues han de ser “todas” las medidas necesarias”, y que “si bien parece ya bastante, el legislador abundó, con un plus que no deja dudas en cuanto a lo que tuvo en mente: ¿medidas?, sí; ¿medidas necesarias?, claro; ¿todas las medidas necesarias?, también; ¿todas las medidas necesarias “para proteger eficazmente” la vida y salud?, todavía... Y, claro está, eso pasa, por lo muy menos, por la obligación de cuidar en las labores las condiciones adecuadas para el logro del propósito descrito. A primera vista, para algunos probablemente exagerado. Pero plenamente consecuente con el imperativo constitucional del numeral 18° del artículo 19 de la carta elemental, que no trepida en

¹⁵ “David Leandro Soto León con Servicios Generales de la Construcción BSK Ltda. y otro”, Rol: O-237-2014, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rol O-237-2014, 08 de julio de 2014.

¹⁶ “Marisol Paola Godoy Gatica con Corpolar S.A.”, Rol O-4770-2013, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 27 de febrero de 2014.

establecer en categóricos términos el rigor de la carga que pesa sobre el Estado en lo que hace a la tutela del derecho a la seguridad social.”¹⁷

Pareciera desprenderse que todo aquello que logre evitar el acaecimiento de un accidente del trabajo o una enfermedad profesional formaría parte del Deber de Seguridad del Empleador, estándar que resulta bastante complejo de cumplir en la realidad, cuando existen riesgos que forman parte de las condiciones ambientales generales (choferes de transporte urbano expuestos a agresiones en la vía pública), o trabajadores que no obstante contar con los elementos de protección personal no los usan (sorderas ocupacionales), o riesgos que no son parte de las operaciones habituales y normales del empleador (alergia producida por vacuna necesaria para viaje en comisión de servicios a zona selvática; un asalto a sus instalaciones), y teniendo en cuenta además la dispersión e imperfección de nuestras normas sobre prevención de riesgos laborales.

Existe un vacío de contenido del deber de seguridad del empleador en Chile, expresado en acciones, actividades o estándares concretos que puedan ser exigidos al empleador, frente a cuyo incumplimiento pueda surgir el reproche de responsabilidad.

Sobre la necesidad de atender a las operaciones que realiza el empleador, para establecer las exigencias en seguridad de sus trabajadores, la Organización Internacional del Trabajo da orientaciones bastante claras a través del Convenio N°155 de 1981, sobre la Seguridad y la Salud de los Trabajadores, aún no ratificado por Chile. En su parte IV, el Convenio establece que deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos *que estén bajo su control* son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores; que deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los agentes y las sustancias químicas, físicos y biológicos *que estén bajo su control* no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas; que cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de

¹⁷ “Aguilera y otros con Corporación del Cobre de Chile”, Rol 23497-2014, Corte Suprema, 22 de julio de 2015, considerando undécimo.

efectos perjudiciales para la salud (artículo 16). Y en el ámbito de la cooperación entre los intervinientes en el proceso productivo, el convenio establece que deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: (a) los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador; (b) los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo, entre otras obligaciones (artículo 19).

En el ordenamiento jurídico chileno, ni la ley, ni los reglamentos específicos, ni la jurisprudencia, razonan en torno a las operaciones que realiza el empleador ni mucho menos a los procesos que estén bajo su control. Dado el vacío normativo respecto de las calificaciones de “eficazmente” y “necesarios” que contiene el artículo 184 del Código del Trabajo, toca al juez y/o al fiscalizador especializado darles contenido, lo que en los hechos realizan situándose en el resultado dañoso del infortunio laboral, para luego establecer qué acciones o medidas habrían sido útiles – cualquiera que estas sean – para impedir dicho resultado. Esta operación da cuenta de la inexistencia de bases concretas y determinadas para establecer una responsabilidad en materia de seguridad y salud en el trabajo, aun cuando no haya ocurrido un infortunio laboral, que impide calificar en clave laboral, el deber de seguridad del empleador.

Esta idea nos conduce de manera necesaria hacia el tratamiento del problema desde una perspectiva más global, que buscaremos lograr a través de los principios de precaución y prevención, integrándolos al principio protector propio del Derecho del Trabajo, pues la distribución de los riesgos incide directamente en los comportamientos esperados en quienes deben velar por el cumplimiento de este deber de seguridad.

Es importante aclarar que esta tesis busca situarse dentro del Derecho del Trabajo para buscar en él, a partir del principio protector que lo inspira, un contenido objetivable en estándares objetivos determinados por empleadores y trabajadores. No es nuestro fin atenuar el deber de seguridad del empleador, ni dispensarlo de su irrestricto cumplimiento, lo que por cierto sería un error. Buscamos herramientas que faciliten el proceso de adjudicación y reafirmar el carácter de concepto jurídico indeterminado del deber de seguridad que establece el artículo 184 del Código del Trabajo.

Otros ordenamientos jurídicos pueden ilustrar y aportar al problema planteado, en perspectiva de derecho comparado, para lo cual hemos elegido el derecho español y el derecho de la Unión Europea representado fundamentalmente por la Directiva Marco de Seguridad 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, cuerpo de normas transpuesto al derecho español a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que más adelante mencionamos y que son concreción de las directrices contenidas en el Convenio N°155 de la OIT.

Esta decisión se basa primeramente en nuestra historia y la gran influencia que sus normas han ejercido tradicionalmente en las normas laborales chilenas; enseguida, porque tanto Chile como España cuentan con un sistema jurídico que se identifica con el modelo continental, y finalmente, porque España cuenta con mayor desarrollo normativo en el campo en que incide nuestro problema.

En efecto, España cuenta con un Derecho de la Prevención de Riesgos de larga data, que hoy está representado por la Ley de Prevención de Riesgos del año 1995¹⁸, además de la institucionalidad que dicha ley establece, la abundante jurisprudencia en materia de responsabilidad del empleador ante los riesgos laborales a que están expuestos sus trabajadores, así como también dogmática especializada desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, cuestión esta última que para nosotros es fundamental, pues como hemos señalado, estamos ante una materia que en Chile cuenta con desarrollo dogmático solo desde el Derecho Civil y, en los vacíos que identificamos en torno al contenido del deber de seguridad del empleador, nada tenemos.

En lo relacionado con el contenido del deber de seguridad del empleador, España cuenta con un sistema normativo que permite diferenciar con bastante claridad las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo que atañen al Estado, aquellas oponibles al empleador, a la empresa principal o usuaria de servicios transitorios en su caso, y también las que corresponden al trabajador, además de disponer de reglas particulares que aseguran su participación en la adopción de medidas preventivas concretas asociadas a las actividades que se desarrollan en una empresa.

¹⁸ Ley N°31/1995, de 8 de noviembre de 1995, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE N° 269 10-11-1995.

Es así como en dicho país se distinguen los deberes generales, representados por el deber de proteger la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores, de los deberes concretos que toca cumplir al empleador respecto de sus trabajadores. Esta operación de distinción se realiza a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que especifica las conductas o acciones específicas que comprende la obligación de seguridad del empleador. En perfecta concordancia, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, considera también en específico las omisiones o incumplimientos que darán lugar a infracciones leves, graves y muy graves de parte del empleador que incumple el deber de seguridad. Hay directivas de la Unión Europea que además regulan la concurrencia de distintos empleadores.

La existencia de estas normas, que expresan situaciones y conductas esperadas, permite dar un contenido concreto al deber de seguridad del empleador, quien conoce ex – ante la manera en que puede evitar los riesgos, pues ha debido evaluarlos y establecer medidas preventivas en conjunto con sus trabajadores, y sabe que si así procede, cumplirá con la obligación que el ordenamiento jurídico establece. Esto no es otra cosa que certeza jurídica en las relaciones laborales, y además promueve conductas de cumplimiento.

Una muestra de lo que acabamos de afirmar es lo expresado por María Luisa Martín Hernández¹⁹ cuando manifiesta que “el trabajador tiene derecho a que su empresario realice todas y cada una de las acciones preventivas establecidas en la normativa de seguridad y salud en el trabajo, conforme al régimen previsto en la misma, y si no las realiza, incumpliendo su obligación al respecto, se encuentra legitimado para exigirselas por las vías de tutela de su derecho previstas igualmente en el ordenamiento con ese fin. El trabajador, por el contrario, no tiene derecho a disfrutar en todo caso de unas condiciones de trabajo exentas por completo de riesgos, es decir, un derecho a conseguir una situación de “no riesgo” en el trabajo ya que ello resulta en cualquier caso imposible de hecho y, por tanto, inexigible jurídicamente. No ha sido establecida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales una obligación de seguridad absoluta, es decir, de eliminación y evitación de todos los riesgos laborales existentes en cada caso por el empresario porque ello resulta

¹⁹ María Luisa Martín Hernández, «El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo», Consejo Económico y Social. Madrid (2006) 296-297.

totalmente imposible, no solo en el ámbito laboral sino en cualquier otro ámbito donde se desarrolle algún tipo de actividad humana, y en consecuencia, jurídicamente inexigible”.

Lo señalado no excluye la posibilidad de exigir las distintas responsabilidades del empleador – civil, infraccional, penal – por las vías generales, al igual como ocurre en Chile, pero el solo hecho de tener certeza en las obligaciones que comprende el deber de seguridad, incentiva conductas en el sentido de adoptarlas, lo que en definitiva significa promover los valores que están detrás del deber de seguridad, que son la seguridad y salud en el trabajo.

Cabe tener presente desde esta perspectiva comparada que el incumplimiento del deber de seguridad del empleador no exige la manifestación del riesgo laboral, de modo tal que la sola existencia de una condición de trabajo riesgosa da lugar a incumplimientos que son sancionados en el orden laboral. Este matiz es muy importante porque una vez más promueve los valores que inspiran el deber de seguridad; aun cuando no se llegue siquiera al supuesto de atribuir responsabilidades civiles, infraccionales o penales, por los daños ocasionados por haber ocurrido infortunios laborales, de todas formas hay conductas que el ordenamiento laboral español sanciona.

De esta manera, el aporte de comparar el derecho español con el derecho chileno nos permitirá explorar normas que obliguen al empleador a evaluar los riesgos, a adoptar medidas preventivas en conjunto con sus trabajadores y a medir los resultados, reservándoles un espacio de autonomía para la determinación de los contenidos obligacionales de la tarea preventiva.

La técnica retroactiva utilizada por nuestros jueces, en que se parte del hecho dañoso para retroceder en el tiempo buscando qué medida o conducta debió ser necesaria para evitarlo, y a través de los conceptos de “necesarias” y “eficazmente” que contiene el artículo 184 del Código del Trabajo, termina atribuyéndose responsabilidad al empleador en base al resultado, confunde pues se ha tendido a considerar que el deber de seguridad del empleador es una obligación de resultados, bajo un supuesto de responsabilidad objetiva que consagraría dicho precepto, y ello no es así. Este proceso no promueve conductas

positivas de parte de los empleadores, quienes ante la incertidumbre, prefieren contratar pólizas de responsabilidad civil que los amparen frente a demandas indemnizatorias civiles.

Los conceptos jurídicos indeterminados que establece el artículo 184 del Código del Trabajo chileno, a través de las expresiones “eficazmente” y “necesarios” deben ser calificados de acuerdo con un marco normativo que establezca las obligaciones concretas que debe cumplir el empleador, atendida la actividad que realiza, la tecnología disponible en un momento dado y otras variables que sólo los intervinientes en el proceso productivo – empleadores y trabajadores – conocen.

De esta manera se justifica la existencia del artículo 184 del Código del Trabajo chileno, con su conexión con el principio protector que inspira en la base el Derecho del Trabajo, y que en esta materia deviene en el principio protector. De otra forma no tendría sentido la norma objeto de estudio, pues manifestándose un accidente del trabajo o enfermedad, existen normas que atribuyen las responsabilidades civiles, penales e infraccionales asociadas, conceden reparación indemnizatoria y aplican sanciones en su caso.

Hipótesis:

Esta tesis va a probar que el deber de seguridad del empleador es un concepto jurídico indeterminado y que es posible dentro de la lógica del Derecho del Trabajo, dotarle de contenido a través de los principios que lo informan y la técnica de la autorregulación reglada para evitar la incertidumbre jurídica y asegurar el principio protector.

Objetivo general:

Comprobar que el deber de seguridad del empleador es un concepto jurídico indeterminado y no un juicio de discrecionalidad; comprobar asimismo que es posible dotar de contenidos al deber de seguridad del empleador para evitar la incertidumbre jurídica y asegurar el principio protector, y en consecuencia, proponer un modelo que permita dotar de un contenido al deber de seguridad del empleador establecido en el artículo 184 del Código del Trabajo chileno, para lo cual se integrarán otros principios presentes en el ordenamiento jurídico que están vinculados al riesgo, como son el principio de prevención y el principio

de precaución, con elementos que los refuercen desde la experiencia comparada, en un modelo de autorregulación reglada.

Objetivos específicos:

1. Sistematizar la regulación normativa del deber de seguridad del empleador en Chile.
2. Evidenciar que el deber de seguridad del empleador es un concepto jurídico indeterminado y es bueno que así sea.
3. Comprobar que el deber de seguridad del empleador es parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo y que su incumplimiento acarrea responsabilidad aun cuando el riesgo no se manifieste.
4. Justificar que el deber de seguridad del empleador debe analizarse desde la lógica del Derecho del Trabajo y su relación con el mismo. Incorporar en el análisis a los principios precautorio y preventivo.
5. Dotar al modelo chileno de un sistema que dé contenido al deber de seguridad del empleador, a partir del principio preventivo y la autorregulación reglada, tomando las notas distintivas que en este marco presenta el derecho español, en complemento necesario a la base normativa chilena.

Metodología:

Dado que el método a utilizar debe ser congruente con la hipótesis planteada, de modo que sea eficaz para confrontarla, y confirmarla, se hace necesario explicitar las herramientas investigativas que se preferirán.

Buscaremos estudiar desde el campo del Derecho del Trabajo, desde su interior, el vacío que representa la indeterminación del deber de seguridad del empleador contemplado en el artículo 184 del Código del Trabajo, en el mismo sentido que Francesco Carnelutti lo expresara: “la metodología no es otra cosa que la ciencia que se estudia a sí misma y así encuentra su método. Pero si también la metodología es ciencia, o mejor, si también la metodología es acción, el problema del método se presenta también a la metodología. Así, aquello que se puede llamar introspección de la ciencia llega hasta el infinito”; agregaba

que las relaciones entre ciencia y metodología se desarrollan en círculo, lo que proviene de una verdadera circulación del pensamiento que recuerda el milagro de la circulación de la sangre, pues como la metodología ayuda a la ciencia, la ciencia sirve a la metodología o, en otras palabras, esta última en cuanto descubre la regla de la ciencia, descubre su regla propia.²⁰

Dentro del Derecho del Trabajo encontramos el principio protector, que lo inspira y justifica como ciencia jurídica independiente, y que, vinculado con los principios preventivo y precautorio presentes con cada vez más vigor en los sistemas jurídicos a los efectos de entender y distribuir los riesgos, nos permitirá indagar utilizando el método deductivo para proponer un modelo que permita dotar de contenidos al deber de seguridad del empleador. En este sentido y siguiendo al racionalista Karl Popper²¹, no es posible la observación de hechos desnudos propia del método inductivo, pues se requiere de un marco que guíe la observación; ya la selección de los hechos o aspectos de los hechos que van a ser objeto de la observación implica un necesario marco conceptual, una teoría, que en nuestro caso será el principio protector visto desde una perspectiva sistémica como una manifestación del respeto que debe existir a los derechos fundamentales del trabajador, y dentro de ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, como asimismo se integrarán los principios preventivo y precautorio que ya hemos referido; porque este marco exige que la actividad laborativa se realice exenta de riesgos, y para lograrlo, es preciso que el empleador conozca las medidas preventivas que debe cumplir, debiendo ellas estar establecidas en la medida de lo posible en forma concreta por el ordenamiento jurídico, todo lo anterior antes de que el riesgo se manifieste y se desencadenen las responsabilidades civiles, penales e infraccionales que hoy controlan este deber de seguridad desde el ámbito judicial.

Con todo, estamos conscientes de las dificultades que puede generar este método deductivo en términos puros. Mario Bunge a propósito de su tesis sobre la existencia de “algo” de filosofía en las ciencias sociales, plantea que todo lo que uno tiene que hacer es encontrar

²⁰ Francesco Carnelutti, «*Metodología del Derecho*», traducción de Angel Osorio, Unión Tipográfica Hispano-Americana, México (1940) 10-11.

²¹ Karl Popper, «*El mito del marco común. En defensa de la ciencia y racionalidad*», Paidós, Barcelona (1997) 109-142, 191-225.

cuando menos un ejemplo, en contraste con las generalizaciones fuertes o universales – es decir, proposiciones que empiezan con la palabra “todos”, que no existen fronteras entre la ciencia y la filosofía, por lo que debemos hacer lo mejor que podamos para respetar los cánones de la racionalidad mientras, al mismo tiempo, nos mantenemos en contacto con la realidad y su exploración científica.²²

Esta idea de Bunge representa absolutamente nuestro pensamiento respecto del sentido y contenido de una investigación en el campo del Derecho del Trabajo, pues las teorizaciones no son eficientes en tanto descuiden la observación del entorno, lo que no implica la realización de estudios estadísticos complejos. Esto se observará en nuestra investigación a partir del análisis de sentencias judiciales que dan cuenta de la observación de conductas de empleadores y trabajadores a propósito de los riesgos laborales y sus implicancias.

El método deductivo se utilizará junto con el método dogmático, pues iniciaremos nuestra tarea investigativa a partir de ciertos dogmas o proposiciones que no pueden desconocerse o discutirse²³; nuestro punto de partida será el principio protector del Derecho del Trabajo, vinculado a los principios de prevención y precaución, los que deben irradiar con su halo protector directamente al ser humano que lleva a cabo el trabajo.

Dentro del método dogmático, tomaremos el camino de la tópica y siguiendo a Theodor Viehweg²⁴ partiremos del supuesto que el derecho dista de ser un sistema axiomático del cual puedan obtenerse por simple deducción las soluciones a los problemas jurídicos. Buscaremos desarrollar un modo de razonar que sistematice ideas matrices consideradas pertinentes y adecuadas, para arribar a un conocimiento concreto de lo que debe entenderse comprendido dentro del deber de seguridad del empleador.

También usaremos el método estadístico, no como ingrediente fundamental sino para observar e ilustrar las líneas jurisprudenciales prevalecientes y el comportamiento de los

²² Mario Bunge, «*Buscar la filosofía en las Ciencias Sociales*», Yale University Press (1996), tercera edición en español, Siglo XXI editores, México (2007) 16-17.

²³ Hernán Corral Talciani, «Como hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica», Editorial Jurídica de Chile, Santiago (2008), 58.

²⁴ Theodor Viehweg, «*Tópica y jurisprudencia*», traducción de Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid (1964), citado en Corral, «Como hacer una tesis ...», 60.

litigantes en lo relacionado con la atribución de responsabilidad al empleador por incumplimiento al deber de seguridad que establece el artículo 184 del Código del Trabajo.

Por último, es fundamental utilizar el método comparado, para lo cual hemos elegido el derecho de la Unión Europea y su transposición al ordenamiento jurídico español, atendidas las razones técnicas expuestas en el planteamiento del problema de investigación. Nos proponemos realizar microcomparación, pues describiremos el deber de seguridad del empleador en dichos sistemas comparados; analizaremos la regulación positiva que España ofrece a la institución en que incide nuestra hipótesis de trabajo, esto es, del deber de seguridad del empleador.

Dentro del método comparado y su gama de posibilidades que Alberto Vespaziani identifica y clasifica en el método funcional, dogmático, histórico, estructural y postmoderno²⁵, hemos optado por el funcionalismo, técnica tradicionalmente asociada a los estudios comparados del derecho privado²⁶ y que resulta ideal para la investigación que hemos emprendido, ya que no buscamos en ella la eliminación del concepto jurídico indeterminado que hoy contiene el artículo 184 del Código del Trabajo, sino que para su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos deben existir estándares establecidos conforme al procedimiento descrito en el ordenamiento jurídico, que le den el marco de acción que se requiere atento el principio protector del Derecho del Trabajo.

Resumen de capítulos en que se estructura la tesis:

El capítulo I de la siguiente tesis está dedicado al deber de seguridad del empleador en Chile; la responsabilidad civil y el papel de los organismos administrativos en materia de seguridad y salud laboral. En primer lugar, se efectúa un análisis dogmático sobre las características del deber de seguridad del empleador, así como de su naturaleza jurídica, en forma paralela a las manifestaciones del deber de seguridad del trabajador. Adicionalmente, se analiza el rol de la responsabilidad civil del empleador en materia de riesgos laborales, contexto en el que se reflexiona sobre la naturaleza de dicha responsabilidad, y la nueva

²⁵ Alberto Vespaziani, «Comparison, translation and the making of a common European constitutional culture», *German Law Journal*, Vol. 9, Nº5 (2008) 1-28.

²⁶ Konrad Zweigert y Hein Kötz, «Introducción al derecho comparado» (1998) trad. Arturo Aparicio, OUP, México (2002) 37-53.

dirección que es necesario otorgarle a dicho sistema de responsabilidad para su necesaria complementación con un sistema realmente preventivo de riesgos laborales.

En tercer lugar, se analiza el rol de los organismos administrativos en la fiscalización de las normas sobre higiene y seguridad, reflexionando sobre los inconvenientes de un modelo basado en la sobre regulación administrativa, y cómo un modelo de estas características logra impedir una tendencia efectiva hacia la autorregulación eficiente del empleador de sus propios riesgos.

El capítulo II de la tesis está dedicado al principio protector, el principio preventivo, el principio precautorio y el deber de seguridad del empleador. En este punto, comenzamos a sentar las bases para un modelo de administración de los riesgos laborales, en que el empleador, en conjunto con los trabajadores, ponga énfasis en los aspectos preventivos de los riesgos laborales, descomprimiendo la importancia de la responsabilidad civil y las sanciones administrativas, los cuales siempre actúan a posteriori. Por lo tanto, para ello se requiere crear una fórmula preventiva basada en principios específicos que den estructura normativa a dicho modelo de prevención de riesgos laborales, partiendo por el principio protector de derechos laborales, así como el complemento necesario del principio preventivo y precautorio.

El capítulo III se denomina «hacia un sistema normativo de autorregulación regulada para proteger los riesgos laborales». En dicho capítulo se efectúan una serie de reflexiones de tipo filosófico y sociológico, en el que se tratará de demostrar la necesidad de que el Derecho vaya entregando competencias a los administrados para efectuar su propia regulación sustantiva. En este sentido, se plantea la necesidad de que los propios administrados generen su propia regulación sustantiva, bajo el alero de la regulación procedimental del Estado. En particular, se pone de relieve la importancia de que empleador y trabajadores efectúen su propia regulación sustantiva en materia de riesgos laborales, pues ellos son los que están cerca de los riesgos laborales que se generan según el tipo de actividad económica que desarrollan.

El capítulo IV, denominado «El deber de seguridad del empleador en el derecho de la Unión Europea y el derecho español», se plantea la necesidad de construir concretamente

las bases para un sistema en que empleadores y trabajadores tengan cada vez más incidencia en la determinación y prevención de los riesgos laborales. Para ello se mira de cerca la normativa de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad y salud laboral; el derecho europeo, en particular la Directiva Marco 89/391, y en especial de la normativa española. En este contexto, se hace un análisis particular de las normas sobre evaluación y prevención de riesgos laborales, contenidas en la Ley 31/1995, denominada Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por último, se intenta efectuar una nueva interpretación del papel que corresponde a la responsabilidad del empleador y el papel de los organismos administrativos, para lograr una lectura de mayor complementariedad entre estas instituciones y el carácter marcadamente preventivo para las normas de salud y seguridad laboral en la empresa.

El capítulo V, denominado «Elementos distintivos para un modelo de regulación reglada en Chile»; «Conclusiones generales», se exponen las conclusiones generales respecto de las reflexiones efectuadas en los capítulos anteriores que estructuran la tesis, así como se plantea, en consonancia con las conclusiones antedichas, las bases para un modelo de regulación reglada para Chile.

Capítulo I: «El Deber de Seguridad del empleador en Chile»

Dentro del contenido no patrimonial del contrato de trabajo se encuentra este importante deber, traducido en la obligación del empleador de crear y mantener condiciones seguras en el ambiente y en las instalaciones de los recintos de trabajo que están bajo su dirección, lo que no excluye responsabilidades para los trabajadores y para el Estado.

Desarrollarlo en clave laboral permite apreciar este deber en función de las garantías fundamentales en que incide, esto es, el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de los trabajadores. Hoy el tema parece estar dominado por los civilistas, a propósito de las implicancias en materia de responsabilidad del empleador en la reparación de los daños, visión que no permite delinear este deber en función del objetivo perseguido, que no es otra cosa que la protección del trabajador en su lugar de trabajo, a través del desarrollo de un *derecho de la prevención de riesgos* que Chile está lejos de tener.²⁷

La terminología asociada a este deber es variable: *seguridad y salud* en el trabajo con referencia a la prevención de riesgos en sus aspectos técnicos y a la medicina del trabajo; *higiene y seguridad industrial*²⁸ en antiguos textos reglamentarios. Detrás de estos conceptos está presente la obligación de seguridad, a la que dedicaremos el presente capítulo bajo la denominación de “deber de seguridad”, en cuanto abarca contenidos remuneracionales y también contenidos morales al incidir en la protección de la vida y la salud del trabajador.

1. Los instrumentos de la OIT en seguridad y salud en el trabajo

²⁷ Diagnóstico efectuado por la doctrina laboralista; Patricia Fuenzalida Martínez, «Sistema de protección frente a los riesgos laborales en el derecho chileno», *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 13 (2016): 128; «la existencia de obligaciones en materia de prevención de riesgos no ha evitado que estos se concreten» (...) «el afán protector de la norma debe proyectarse en dos sentidos, por una parte, debe arbitrar los medios para que en cada empresa o faena existan condiciones de trabajo seguras, acorde con la dignidad personal de los trabajadores que en ellas laboran, que eviten la concurrencia de accidentes...»

²⁸ DS 655 de 1941, del Ministerio del Trabajo, sobre Reglamento de Higiene y Seguridad Industriales.

En el documento sobre su Constitución, la OIT señala que el organismo deberá fomentar programas que permitan proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones²⁹, cuestión que como se advertirá más adelante no atañe sólo a los empleadores sino a la propia OIT, a los Estados Miembros y a los trabajadores.

El instrumento más importante de la OIT, atendido el ámbito de materias que considera, es el Convenio N°155 de 1981, sobre La Seguridad y la Salud de los Trabajadores³⁰. Es un conjunto de normas aplicables a todas las ramas de la economía y establece deberes para los Estados, dentro de los que se cuenta el establecimiento de una *política nacional sobre seguridad y salud en el trabajo*, que tendrá por objeto precisar las funciones y responsabilidades respectivas, en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, de las autoridades públicas, los empleadores, los trabajadores y otras personas interesadas, teniendo en cuenta el carácter complementario de tales responsabilidades, así como las condiciones y la práctica nacionales (Art. 4).

Enseguida, el Convenio N° 155 explicita la necesidad de controlar la aplicación de las leyes y de los reglamentos relativos a la seguridad, la higiene y el medio ambiente de trabajo, a través de un sistema de inspección apropiado y suficiente (Art. 9). Exige también medidas conformes a la legislación y práctica nacionales a fin de velar por que las personas que diseñan, fabrican, importan, suministran o ceden a cualquier título maquinaria, equipos o sustancias para uso profesional: (a) se aseguren, en la medida en que sea razonable y factible, de que la maquinaria, los equipos o las sustancias en cuestión no impliquen ningún peligro para la seguridad y la salud de las personas que hagan uso correcto de ellos; (b) faciliten información sobre la instalación y utilización correctas de la maquinaria y los equipos y sobre el uso correcto de sustancias, sobre los riesgos que presentan las máquinas y los materiales y sobre las características peligrosas de las sustancias químicas, de los agentes o de los productos físicos o biológicos, así como instrucciones acerca de la manera de prevenir los riesgos conocidos (Art. 12); y la adopción de medidas a fin de promover, de manera conforme a las condiciones y a la práctica nacionales, la inclusión de las cuestiones de seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo en todos los niveles de enseñanza y de

²⁹ Constitución de la OIT, 1919, Apartado III, letra g) de Anexo.

³⁰ No se encuentra ratificado por Chile.

formación, incluidos los de la enseñanza superior técnica, médica y profesional, con el objeto de satisfacer las necesidades de formación de todos los trabajadores (Art. 14).

Recién en su parte IV el Convenio N°155 establece que deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos *que estén bajo su control* son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores; que deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los agentes y las sustancias químicos, físicos y biológicos *que estén bajo su control* no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas; que cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrar ropas y equipos de protección apropiados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o de efectos perjudiciales para la salud (Art. 16).

Y en el ámbito de la cooperación entre los intervinientes en el proceso productivo, el convenio establece que deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: (a) los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador; (b) los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo, entre otras obligaciones (Art. 19).

También se encuentra el Convenio 187 de 2006, sobre Marco Promocional de la Seguridad y Salud en el Trabajo³¹. Es objetivo de este convenio promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo mediante el desarrollo de una *política nacional*, un *sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo*, y un *programa y una cultura nacionales*, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores (Art. 2).

En cuanto a los ámbitos de acción de este Convenio 187 de la OIT, destacan:

- Política nacional*: ésta debe ser desarrollada con representatividad de las organizaciones pertinentes.

³¹ Ratificado por Chile a través del DS N° 72 de 2011, del Ministerio de Relaciones Exteriores (D.O. de 19 de agosto de 2011).

- *Sistema nacional*: Se debe desarrollar una infraestructura legal e institucional para la aplicación de la política y los programas nacionales.
- *Programa nacional*: Debe incluir objetivos, metas, plazos, prioridades y medios de acción y evaluación.
- *Cultura nacional de prevención*: Esta debe estar basada en el derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable, que se respeta a todos los niveles; en la que se participa activamente, con derechos, deberes y responsabilidades bien definidas, concediendo a la prevención la máxima prioridad.³²

Como puede apreciarse, de los dos Convenios con carácter general que la OIT tiene en materia de seguridad y salud en el trabajo, Chile ha ratificado el Convenio N°187, con un exiguo grado de implementación a la fecha.

En efecto, habiéndose constituido una Comisión Asesora Presidencial para la Seguridad en el Trabajo en febrero de 2010, que tuvo a su cargo la revisión del marco legal que regía la protección contra los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, la que emitió importantes lineamientos en su informe de fecha noviembre de 2010, al año 2014 contamos con los siguientes nuevos instrumentos legales:

- DS N° 19 de 2011, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que crea y regula el funcionamiento de un Consejo Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo.
- DS N° 20 de 2011, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que establece un Comité de Ministros para la Seguridad y Salud en el Trabajo.
- DS N° 30, de 2011, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que Designa Integrantes del Consejo Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo y nombra a su Presidente.
- Ley N° 20.691 (D. O. de 14 de diciembre de 2013), sobre nuevas facultades para la Superintendencia de Seguridad Social.

³² José Antonio Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)* (Barcelona: Atelier, 2007), 186; «El grado de acción preventiva desarrollada por los sistemas de protección contra los accidentes laborales y las enfermedades profesionales determinará entonces su grado de legitimación, y por lo tanto, de aceptación pública de estos sistemas».

Ley N° 21.012 (D.O. de 09 de junio de 2017), que garantiza seguridad y salud de los trabajadores en situaciones de riesgo y emergencia.

Al amparo de la primera de las normas señaladas, se ha creado el Consejo Consultivo para la Seguridad y Salud en el Trabajo, el cual tiene, entre otro de sus objetivos, emitir su opinión experta sobre los proyectos de ley tendientes a modificar el sistema de seguridad y salud en el trabajo. Entre las opiniones consultivas emanadas por dicho consejo, destaca el informe de fecha 27 de agosto de 2015, sobre el proyecto de ley que busca aprobar una Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Dicho proyecto se basa precisamente en la necesidad de crear una cultura de prevención de riesgos en la empresa, basado en la ratificación por parte de Chile del Convenio N° 187, sobre Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo. Dicho proyecto se encuentra recogido en el boletín N° 8971-13, y no registra avances en su tramitación desde el año 2014.

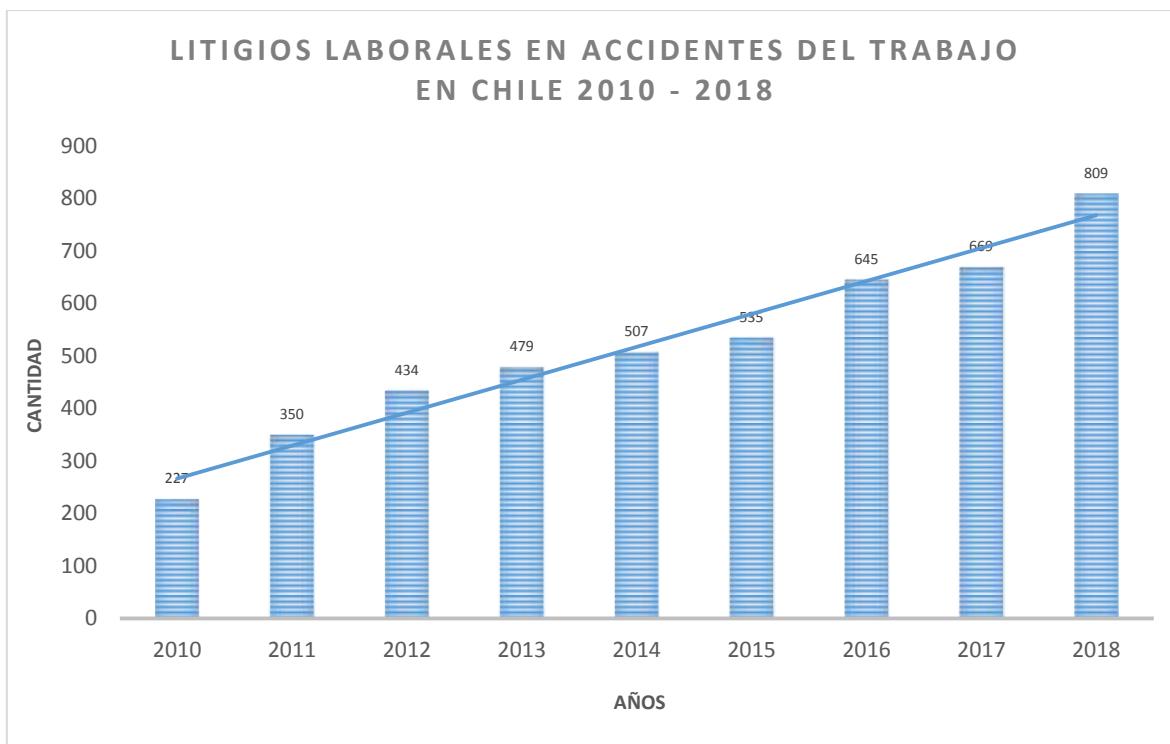
Paralelamente, la Superintendencia de Seguridad Social ha dictado una serie de dictámenes tendientes a dar aplicación a la Ley N° 20.691, que establece nuevas facultades para la Superintendencia de Seguridad en materia de seguridad laboral, por ejemplo las circulares N° 3420, de 08 de mayo de 2019, circular N° 3393, de 31 de octubre de 2018, circular N° 3372, de 27 de agosto de 2018; circular N° 3324, de 31 de octubre de 2017.

Sin embargo, dichas normas legales y su complementación administrativa, no implican aún un avance real en materia de prevención de riesgos laborales. Si bien las estadísticas de accidentabilidad han disminuido de 6,8 accidentes por cada 100 trabajadores en el año 2007 a 3,1 accidentes por cada 100 trabajadores en el año 2018³³, no ha ocurrido lo mismo con el número de litigios conocidos por tribunales de justicia en sede laboral.

Según cifras del Poder Judicial, el incremento de demandas en que se pide una indemnización por daños derivados de accidentes del trabajo, en tribunales laborales, ha sido sostenido, según muestra el gráfico³⁴:

³³ www.suseso.cl, Informe anual estadísticas de seguridad social 2018, Superintendencia de Seguridad Social, p. 6

³⁴ Corporación Administrativa del Poder Judicial, Oficio 17 DDI 7995 de 5 de diciembre de 2019, en respuesta a requerimiento NR001T0004389 Portal de Transparencia.



Fuente: Corporación Administrativa del Poder Judicial de Chile

La normativa señalada implica sólo una primera y primigenia etapa en la elaboración de un marco legal relevante en materia de prevención de riesgos laborales. De ellas cabría destacar la Ley 20.691, que establece nuevas facultades administrativas para la Superintendencia de Seguridad Social; dichas facultades implican sólo un mejor tratamiento de la información existente en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero no establece una mejora real que considere el mayor involucramiento del empleador en materia preventiva, así como la participación de los trabajadores en la evaluación de los riesgos y la implementación de una política de prevención para la evitación de dichos riesgos laborales.

También cabría destacar en este punto la Ley N° 21.012 que garantiza la seguridad y salud de los trabajadores en situaciones de riesgo y emergencia; sin embargo dicha ley, si bien regula aspectos importantes, como el derecho del trabajador a interrumpir sus labores en el caso de riesgo grave e inminente para su salud, también está muy lejos de representar una política real de prevención de riesgos, más bien establece un marco normativo para el

trabajador y empleador en caso de un riesgo grave e inminente, el cual no requiere de una evaluación de riesgos y el establecimiento de una política de prevención, sino que actúa sobre la inmediatez otorgada por la inevitabilidad del riesgo sobreviniente.

El último punto que cabría destacar es el proyecto de ley boletín N° 8971-13, que aprueba una Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sin embargo, además de resaltar el hecho de que dicho proyecto de ley se encuentra estancado desde el año 2014, las exigencias de evaluación de riesgos laborales, así como el establecimiento de una política de prevención de riesgos, son bastante pobres. En efecto, la autoevaluación efectuada por el empleador, no posee una contraparte laboral que exija su cometido, así como tampoco existe dicha contraparte en el caso del establecimiento de una política de gestión de riesgos, por lo tanto, dichas autoevaluaciones y política de gestión de riesgos, tenderán a convertirse en meras obligaciones documentales, en vez de una política real de prevención de riesgos laborales.

Por otra parte, de la estructura del Convenio 155³⁵ se colige con mucha claridad que la prevención de riesgos en el trabajo no es una materia que sea de la exclusiva responsabilidad de las entidades empleadoras, a quienes sin duda les cabe un rol importante; prueba de ello es el uso de las expresiones «*que estén bajo su control*» que utiliza el Artículo 16 respecto de las obligaciones de seguridad de las entidades empleadoras. Con todo, también el Estado y los propios trabajadores tienen deberes relevantes en esta tarea de prevención.

Nos parece que esta es la mirada correcta, la de la prevención de riesgos en el trabajo como una tarea de toda la sociedad, en tanto de lo que se trata es de proteger un derecho público subjetivo garantizado a todos los ciudadanos en el Art. 19 N° 1 de la Constitución Política de la República: el Derecho a la Vida y la Integridad Física y Psíquica del trabajador,³⁶ entre otros derechos fundamentales.

³⁵ Como hemos señalado, no se encuentra ratificado por Chile.

³⁶ Constatación que ha efectuado también la doctrina española, José Antonio Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)* (Barcelona: Atelier, 2007), 182; «Una visión integrada del derecho fundamental a la vida y la integridad física contenida en el artículo 15 CE no debe contemplarse constitucionalmente desde la mera vertiente pasiva del Estado (deber negativo de los poderes públicos y la abstención de los demás ciudadanos), sino que vendría complementada por los principios rectores de la política económica y social, condicionantes de una política

En consecuencia, sostenemos que la protección de la seguridad y salud en el trabajo, como garantía del derecho fundamental a la vida y salud del trabajador, no puede quedar entregada sólo a la autonomía privada de las partes en el contrato de trabajo, pues toca también al Estado promoverla y garantizarla. En esta línea resulta fundamental la ratificación por Chile del Convenio 155, pues es el que establece un mejor marco conceptual para esta protección integral.

2. La seguridad y salud en el trabajo en el modelo constitucional chileno

Toca al Estado y a toda la comunidad – entre la que se encuentra el empleador- velar por la seguridad y salud en el trabajo del trabajador. Esto por así disponerlo nuestra Constitución Política de la República, al consagrar en el Artículo 19 que la Constitución asegura a todas las personas: N°1 el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; N°8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; N°9 el derecho a la protección de la salud.

En estricta relación con la consagración de estos derechos, la Constitución en el Artículo 1° sobre Bases de la Institucionalidad, dice que *«el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece»* (inciso tercero), agregando que *«es deber del Estado dar protección a la población y a la familia»* (inciso cuarto).

Agrega el Artículo 5 que *«es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos – esenciales que emanan de la naturaleza humana –, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes»* (inciso tercero).

Se incorpora a esta estructura normativa la idea de ciudadanía en la empresa consagrada en el Artículo 5° del Código del Trabajo, al establecer que *«El ejercicio de las facultades que*

social propia del constitucionalismo social, en la que el Estado, lejos de permanecer neutral frente a las vulneraciones de tal derecho, tiene por obligación el establecimiento de las políticas preventivas y reparadoras que entrañan los diferentes factores de riesgo para la población».

la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos». Sobre esta norma, sabemos por la historia de la ley³⁷ que la obligación del empleador de respetar los derechos fundamentales no se agota en los que acá se indican a título ilustrativo, lo que se hizo en razón de ser los más frecuentemente vulnerados a la fecha de dicha iniciativa legislativa, de manera que se incorporan dentro del concepto de ciudadanía en la empresa todas las garantías fundamentales de que goza un ciudadano en Chile, y por ende está comprendido el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica del trabajador.

La Seguridad y Salud en el Trabajo como bien jurídico protegido también se manifiesta en el N° 18 del Artículo 19 de la Constitución Política de la República a propósito del Derecho a la Seguridad Social. Este derecho es de naturaleza social y se funda en los principios de dignidad, igualdad y solidaridad, siendo su titular la persona humana, la cual puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto³⁸, representada en primer lugar por el Estado, a fin de que establezca las condiciones necesarias para su debido respeto y ejercicio. La seguridad social se ocupa de las contingencias que derivan de la vejez, enfermedad, accidentes del trabajo, viudez, orfandad, maternidad, invalidez, desempleo y cargas familiares, siendo deber del derecho y en definitiva del Estado que, en caso de acaecer alguno de estos estados de necesidad, se otorguen las prestaciones que sean necesarias para que la persona siga desarrollando su existencia de un modo digno. Corresponde entonces al conjunto de la sociedad dar protección a todas las personas, para garantizar que, durante los estados de necesidad que se han descrito, se les asegure una digna subsistencia, como consecuencia de que la Constitución reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.³⁹

Hasta aquí el modelo pareciera no tener mayores inconvenientes, puesto que en Chile hay un reconocimiento explícito en torno al derecho fundamental a la vida y a la salud de los ciudadanos y de los trabajadores en el ámbito de una relación laboral; en cuanto tal no sólo

³⁷ www.bcn.cl, Historia de la Ley N°19.759, pp. 83.

³⁸ Lo que es aplicación de la Teoría del Riesgo Social que inspira la Ley N°16.744 de 1968, sobre Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

³⁹ Alejandro Silva Bascuñán, «*Tratado de Derecho Constitucional*» (Editorial Jurídica de Chile, primera edición: 2010), Tomo XIII, 382-383.

es deber del empleador, sino que también del Estado y de toda la sociedad hacerse cargo de su protección y también de su promoción, por incidir en otros derechos fundamentales como es el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

El problema en nuestro entendimiento se encuentra en las *garantías* de los derechos fundamentales que se vinculan con el deber de seguridad, que vienen a ser los instrumentos jurídicos que dan eficacia y defensa a dichos derechos. Con frecuencia, como anota Mario Verdugo, los autores nacionales en sus textos asocian las garantías sólo con las acciones constitucionales – amparo y protección principalmente – pero el tema es bastante más complejo. Distingue entre garantías generales, judiciales y específicas; dentro de las generales sitúa aquella garantía de la esencia de los derechos que contempla el Artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.⁴⁰ Estimamos que también dentro de las garantías generales a los efectos de los derechos fundamentales que venimos refiriendo, ha de estar el establecimiento de un sistema normativo preciso y determinado para asegurar su protección real, pues de otra forma no es posible una tutela efectiva en función de las materias en que incide.

Así las cosas, no es posible admitir que la tutela de derechos fundamentales tan relevantes como los que hemos referido se agoten, como ocurre hoy, con las reparaciones indemnizatorias del seguro social de la Ley N° 16.744 junto con las contempladas en el Derecho Civil. Hace falta más, se necesita desarrollar una efectiva cultura que evite los riesgos laborales, acompañada de un verdadero derecho de la prevención de riesgos.

Existe un deber del Estado en orden a mantener una conducta activa – que a estos efectos no puede quedar comprendida dentro de su rol subsidiario – para diseñar políticas globales acordes con una nueva cultura de protección de la seguridad y salud en el trabajo, dentro de un modelo de normas eficiente y acorde con el tiempo actual, destinar recursos para su implementación, tener una institucionalidad creada para el seguimiento de sus resultados y dentro de ella un buen sistema de fiscalización a los recintos de trabajo. En este deber del Estado se comprende el proporcionar un marco regulatorio adecuado que sea acorde con los

⁴⁰ Mario Verdugo Marinkovic. «Acerca de los Derechos Fundamentales y sus Garantías», en: *Derechos Fundamentales* (Editorial Jurídica de Chile, 2012), 401-404.

derechos fundamentales que se busca proteger, tarea que no puede eludirse bajo el pretexto de existir normas que en nuestro ordenamiento atribuyan deberes de seguridad al empleador.

No sugerimos minimizar el deber de seguridad del empleador, sino entenderlo dentro del contexto de los bienes jurídicos que protege, los que no pueden estar garantizados *solo* por la cuantía de las indemnizaciones que se obtienen en sede judicial por el ejercicio de acciones por responsabilidad civil del empleador, ya que de lo que se trata es de evitar los riesgos en el trabajo,⁴¹ y si ello no es posible, que los riesgos sean controlados, para que no se produzcan accidentes del trabajo ni enfermedades profesionales y en definitiva de resguardar en la mejor forma posible la vida humana.

3. Delineamiento del deber de seguridad del empleador

Hemos escogido la noción de «deber de seguridad» en vez de «obligación de seguridad», dado que la voz deber es mucho más amplia que la voz obligación, y la diferencia se puede rastrear incluso hasta el Código Civil. En efecto, de acuerdo al artículo 1470 del Código Civil, obligaciones civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento, por lo tanto, dice relación con aquello que está establecido directamente en los contratos y poseen una manifestación patrimonial. El deber propiamente tal, puede reconducirse hasta el artículo 1546 del Código Civil, que señala que «los contratos deben ejecutarse de buena fe, por lo tanto, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella». Por lo tanto, el deber dice relación con deberes implícitos en una relación contractual, de naturaleza patrimonial y no patrimonial obligatorios para las partes, y que nacen como corolario del principio de la buena fe. Así, para Monsalve,

⁴¹ Danny Pieters, «El futuro de los seguros de accidentes laborales en la Unión Europea». En Gonzalo, B.; Noguiera, M., (directores y coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900*. (Madrid: Fraternidad-MUPRESA y UNED, 2000), 204; el «aseguramiento de los accidentes laborales y de enfermedades profesionales será la primera rama de la seguridad social: primero la prevención, luego la restauración, y sólo cuando no lo primero ni lo segundo sea posible, la compensación».

«[la] [b]uena fe es tenida en cuenta como una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben solo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone. Aquí la buena fe debe ser entendida como rectitud y honradez en el trato. Supone un certero comportamiento o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos».⁴²

Así, los especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, tienen especial aplicación en el caso del contrato de trabajo, por cuanto, este obliga no solamente a lo que el contrato expresa, sino a todo aquello que emane de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenezcan a ella, lo que en el caso del deber de seguridad del empleador posee una gran transcendencia, pues el empleador está obligado no solamente al pago de la remuneración establecido en el contrato de trabajo, sino también al deber implícito de seguridad que emana de la buena fe, y que posee consagración legal en los conceptos jurídicos indeterminados que emplea el artículo 184 del Código del Trabajo, en cuanto señala que «el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores». Dicho articulado no establece una obligación estricta y acabada, que posea consagración explícita en el contrato de trabajo, sino que se determina en cada caso cuales son los deberes de conductas exigibles, teniendo en vista la buena fe en la aplicación del contrato de trabajo.

3.1 Es contrapartida al poder de dirección:

Se reconoce al empleador el derecho a dirigir y organizar el trabajo en sus aspectos económicos y técnicos, desde que es quien asume los riesgos del emprendimiento que significa la actividad laborativa. Este reconocimiento tiene sustento en los derechos

⁴² Vladimir Monsalve Caballero, «La buena fe como fundamento de deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción», *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 30 (2008): 36.

fundamentales de propiedad y en el de realizar cualquier actividad económica lícita, que le aseguran los numerales 24 y 21 del Artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

El derecho a dirigir y organizar el trabajo se denomina tradicionalmente *poder de dirección*, y otorga al empleador la facultad de dar órdenes al trabajador en torno al modo, tiempo y lugar en que debe realizar su trabajo, pues a cambio de ello el trabajador recibe una remuneración. Son inherentes al poder de dirección la potestad disciplinaria, que surge ante el incumplimiento por parte del trabajador de las órdenes e instrucciones que el empleador le imparte, y la potestad reglamentaria, con la posibilidad de traducir tales órdenes e instrucciones en reglamentos internos, instructivos y códigos de conducta.

En algunos países se reconoce expresamente este poder de dirección del empleador, como es el caso del Estatuto de los Trabajadores de España, cuyo Artículo 5 establece que el trabajador debe «*Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas*» y el Artículo 20 agrega: «*El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue*». La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina reconoce al empleador la facultad de organización de la empresa y la facultad de dirección en sus Artículos 64 y 65, estableciendo que «*la facultad de dirección debe ejercerse atendiendo a los fines de la empresa y a las exigencias de la producción sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador*», conforme reza su Artículo 65.

En Chile, el poder de dirección no aparece definido de manera explícita pero sí encuentra sustento a nivel legal en el Artículo 5 del Código del Trabajo, al expresar que «*El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores ...*»; también en el Artículo 12, a propósito del *ius variandi* del empleador, cuando dispone que «*El empleador podrá alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse ...*». A partir de estas normas, surge la obligación del trabajador de cumplir las órdenes e instrucciones del empleador.

3.2 Es parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo:

Este contenido clásico del poder de dirección del empleador contiene obligaciones correlativas, puesto que al subordinarse el trabajador al empleador no sólo en términos jurídicos sino también en una dimensión económica y técnica, el trabajador se verá expuesto a sufrir los riesgos inherentes a la actividad laboral, de los cuales no puede por regla general evadirse puesto que tiene el deber de cumplir con el trabajo contratado.

Surge así el deber de protección del empleador, también denominado deber de cuidado, y que nosotros llamaremos *deber de seguridad*, que es inherente al contrato de trabajo en su dimensión no patrimonial y tradicionalmente regulado dentro del denominado contenido ético jurídico del contrato de trabajo.

En general se lo sitúa dentro de un deber más general del empleador que es el de *deber de protección del trabajador*, que incumbe a tres ámbitos fundamentales: la protección de su capacidad laboral, la protección de su capacidad económica y la protección integral de su persona (vida, bienestar, dignidad e intimidad).⁴³ En su acepción más estricta, si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador, y estas órdenes han de ser obedecidas, puesto que de su incumplimiento puede derivar una sanción, le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento.⁴⁴

El deber de seguridad que es parte del deber más general de protección que emana del contrato de trabajo, no sólo integra la naturaleza del contrato sino que se trata de un deber esencial y principal del mismo, cuya regulación no puede quedar sin más entregada a la

⁴³ Amparo Garriguez Giménez, «La Organización del trabajo en la empresa (II). El deber de protección del empresario», en *Derecho del Trabajo* (Navarra: Editorial Thomson Aranzadi, tercera edición, 2007), 408.

⁴⁴ Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Thomson Reuters, vigésimo sexta edición, revisada, 2009), 527.

autonomía de las partes⁴⁵ porque comprende en general una serie de normas de derecho necesario, que derivan de la esencia de la relación laboral.⁴⁶

Ello explica por qué aun cuando no aparezca regulado en el propio texto del contrato, es un elemento que le pertenece, que es de su naturaleza por aplicación del Artículo 1546 de nuestro Código Civil, en cuya virtud *«Los contratos deben ejecutarse de buena fe⁴⁷, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella»*.

3.3 Regulación positiva del deber de seguridad y los conceptos jurídicamente indeterminados que contiene:

El deber de seguridad se encuentra regulado en el Libro II Código del Trabajo chileno que se denomina «De la Protección de los Trabajadores», y concretamente dentro del Título I sobre Normas Generales (artículos 184 a 193) y del Título III que trata «Del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales» (artículos 209 a 211).

El precepto medular dentro de las normas anotadas es el Artículo 184 del Código del Trabajo, que establece en sus incisos 1° y 2°: *«El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales. /Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.»*. En

⁴⁵ Más adelante sostendremos que la autonomía de las partes debe darse dentro de un marco de acción establecido en el ordenamiento jurídico para permitir su evaluación y control, proceso orientado por el principio de prevención.

⁴⁶ Thayer y Novoa, *Manual ...*, 318 – 343.

⁴⁷ El principio de la buena fe en el cumplimiento del contrato de trabajo es para nosotros el fundamento esencial del contenido no patrimonial del contrato de trabajo. No es admisible seguir utilizando conceptos tales como la “fidelidad” y la “obediencia” como correlatos de la subordinación del trabajador, los que se encuentran ampliamente superados por la dogmática comparada y también por los ordenamientos jurídicos con la vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación de trabajo.

términos similares se establece este deber de cuidado a la empresa principal y a la empresa usuaria de servicios transitorios, en los Artículos 183 – E y 183 – AB del Código del Trabajo.

El Artículo 184 del Código del Trabajo contiene algunos conceptos jurídicamente indeterminados, tales como el «*eficazmente*», las «*condiciones adecuadas*» y los implementos «*necesarios*» para prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, que en la práctica han sido motivo de intenso debate, a los efectos de establecer la naturaleza de la responsabilidad civil de la que responde el empleador; para unos es estricta, al exigirse un determinado resultado (que no se produzcan accidentes del trabajo) y para otros está basada en la culpa por el tenor expreso del artículo 69 letra b) de la Ley N°16.744.

Lo cierto es que se trata de una *obligación dinámica*, que se condice con el carácter consensual y de tracto sucesivo que tiene el contrato de trabajo, que lo hace permeable a los cambios en la forma de hacer el trabajo, a los avances tecnológicos, al marco regulatorio en que se desenvuelve la actividad del empleador, en fin, a diversas circunstancias del entorno laboral que van determinando un modo especial de trabajo que puede influir en la manera de prevenir los riesgos que ello genera y como consecuencia, en la forma de dar cumplimiento al deber de protección.

Entonces, el empleador debe estar constantemente adaptándose a los requerimientos de seguridad que emanan de su propia actividad, y en este sentido la existencia de conceptos jurídicamente indeterminados a los efectos del deber de seguridad que consagra el Artículo 184 del Código del Trabajo favorece esa adaptación, pues habrá que estar a la situación concreta de riesgo, para saber cuáles medidas son las más eficaces para prevenirla, permitiendo crear condiciones adecuadas de trabajo, y con qué elementos de protección podrá impedirse que tal riesgo afecte la vida o la salud de los trabajadores.

Con esta idea no estamos sosteniendo en ningún caso que el Artículo 184 del Código del Trabajo consagre una obligación de resultado, ya que no nos parece posible que el empleador pueda prever y resolver ex – ante y en términos absolutos todos los riesgos que pudieran afectar a sus trabajadores. Esta norma debe ser interpretada y aplicada atendida la finalidad para la cual fue establecida, que no es otra que la de situar en el empleador el deber de seguridad respecto de los riesgos de su propia actividad, porque es él quien cuenta

con las herramientas, los conocimientos y los recursos necesarios para realizar en el ámbito de sus operaciones, una eficaz labor preventiva de riesgos laborales.

De lo anterior se colige que aun cuando estemos ante conceptos jurídicos indeterminados, el deber del empleador no lo es. A ello se refiere con mucho acierto Cayetano Núñez⁴⁸ cuando expresa que «la existencia de un riesgo laboral es, a veces, imposible de evitar. Lo que el contenido esencial exige es que, aun cuando el riesgo exista, sus consecuencias lesivas desaparezcan, algo que hoy día es, desde un punto de vista técnico, casi siempre posible».

En la misma línea de lo expresado se encuentra el Convenio 155 de la OIT, cuando atribuye al empleador deberes de cuidado respecto de los factores de riesgo «que estén bajo su control», es decir, aquellos riesgos inherentes a su actividad y que desde una perspectiva técnica deba conocer para poder impedirlos.

Esta lectura del sentido y alcance del Artículo 184 del Código del Trabajo concilia perfectamente la responsabilidad por la seguridad y salud de los trabajadores que asiste al empleador, con el deber de garante que asiste al Estado en tanto se trata de derechos fundamentales.

En efecto, existen ámbitos de protección imposibles de atribuir al empleador, como es el caso de las condiciones ambientales y sociales generales (contaminación ambiental, políticas de transporte, educación en prevención de riesgos, por citar algunas); o bien la determinación de estándares mínimos permitidos para el funcionamiento de ciertas actividades productivas. Estas son tareas que corresponden al Estado, pues acá no se trata de discutir si su rol ha de ser benefactor o subsidiario, sino de amparar, garantizar y promover el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de los trabajadores, lo que emana muy claramente del Convenio 155 de la OIT al diferenciarse las responsabilidades del Estado de las del empleador.

Entonces, es tarea del Estado establecer reglas técnicas que permitan dotar de un marco regulado general al deber de seguridad del empleador. Porque para poder atribuirle responsabilidad por el incumplimiento a tales deberes, es supuesto fundamental que éste

⁴⁸ Núñez, *Marco Normativo ...*, 36.

conozca las reglas que lo rigen, o que tenga la posibilidad de establecerlas conforme a un sistema de autorregulación reglada que propondremos, y pueda así adoptar las normas técnicas establecidas con anterioridad para su actividad. No es tarea fácil porque las normas positivas no pueden contemplar todos los riesgos posibles, a lo que se suma, en esta línea, que «el marco normativo se dilata de un modo inexorable, con una extensión que dificulta su conocimiento especializado. El panorama no presenta un manejo sencillo, porque es ineludible conocer, de un lado qué norma es aplicable en cada caso y, de otro, por el debido respeto al principio de integridad del ordenamiento jurídico, cómo se articulan y relacionan todas ellas».⁴⁹

En Chile no existe una ley especial que regule de un modo orgánico los institutos básicos de la prevención de riesgos en el trabajo, tal como ocurre en otras latitudes⁵⁰; nuestra realidad es la de una gran cantidad de reglamentos, resoluciones, circulares e instrucciones, sin una coordinación entre ellas, emanadas de las autoridades que fiscalizan hasta ahora esta importante materia.

Contar con un marco legal adecuado en prevención de riesgos laborales permitiría lograr la necesaria coordinación entre los intervinientes en la tarea preventiva; también delimitar con mayor claridad la responsabilidad del Estado del deber de seguridad del empleador y también contar con la colaboración de los trabajadores, a través de políticas que promuevan el autocuidado.⁵¹ Además, se lograría tomar distancia de los mecanismos de protección de daños que provienen del Derecho Civil de Daños según el artículo 69 de la Ley N°16.744, pues con ellos no se promueven los valores que venimos refiriendo: la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a la vida y salud de los trabajadores.

En suma, el deber de seguridad emana de la naturaleza del contrato de trabajo siendo parte de su contenido no patrimonial, lo que no libera al Estado de su deber de establecer reglas

⁴⁹ Núñez, *Marco Normativo...*, 55.

⁵⁰ La Ley 31/1995 sobre Prevención de Riesgos Laborales regula en España en un solo cuerpo normativo las reglas básicas de promoción y cuidado de la seguridad y salud en el trabajo, que son obligatorias para las entidades empleadoras del sector privado y también para el sector público.

⁵¹ Para un concepto de política preventiva Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social...*, 184; «La política preventiva es la política pública específica constituida por todo el conjunto de medidas encaminadas a prevenir los siniestros laborales. Todo el entramado normativo e institucional de la política preventiva tiene por finalidad específica la evitación o minimización de los riesgos susceptibles de causas de siniestralidad laboral».

obligatorias y un marco jurídico adecuado en razón de su deber de garante de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, de los que el trabajador es titular indiscutido. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico chileno actual no está delimitado adecuadamente este deber, lo que dificulta su cumplimiento en clave laboral, traducido en evitar y/o controlar efectivamente los riesgos en el trabajo.

3.4 Naturaleza jurídica del deber de seguridad del empleador:

Existen distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del deber de seguridad del empleador, cuya suscripción produce consecuencias relevantes.

En efecto, si se considera que es de naturaleza contractual habrá repercusiones en la sede jurisdiccional que conoce de los asuntos en que se discuta el incumplimiento de este deber, debiendo conocer el tribunal laboral en conformidad al artículo 420 del Código del Trabajo, con la consecuente celeridad que el proceso laboral cuenta actualmente; la valoración de la prueba se hará conforme a las reglas de la sana crítica según establece el artículo 456 del mismo código; la culpa que se atribuye al empleador en los daños derivados del accidente se presumirá porque así lo señala el artículo 1547 del Código Civil, y el plazo de prescripción de la acción para demandar será de cinco años, por aplicación del artículo 2515 del Código Civil o como se considera más recientemente por algunos con fundamento en el artículo 79 de la Ley N° 16.744.⁵²

Si se estima que esta es una obligación de fuente legal – con base en el artículo 184 del Código del Trabajo - la sola ocurrencia de un accidente del trabajo o enfermedad

⁵² Así, la sentencia 30.182-2014, de 22 de julio de 2015, de la Excm. Corte Suprema, señala en su considerando décimo séptimo; «Que esclarecido lo anterior, se hace necesario consignar, como lo ha dejado asentado esta Corte con anterioridad, que: “Existe una total concordancia entre los artículos 69 b) y 79 de la Ley N° 16.744. En efecto, el artículo 69 b) hace un reenvío al derecho común respecto de la regulación de la acción indemnizatoria derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Pero la remisión es de carácter general, es decir, el derecho común se aplica a todos los aspectos de la acción, salvo en materia de prescripción, en que la propia ley en su artículo 79 regula específicamente el plazo de prescripción de la acción, conclusión que se confirma por cuanto la aludida disposición se halla ubicada en el Título VIII, en las disposiciones finales, vale decir, el legislador conscientemente regla todo lo referido a los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y finaliza con el instituto de la prescripción, cerrando de esto modo su labor normativa”. (Sentencia de 12 de marzo de 2013, pronunciada en los autos caratulados “Ortiz Faúndez y otros con Corporación Nacional del Cobre”, rol N° 7113-2010).»

profesional constituye un incumplimiento, convirtiendo al deber de seguridad en una obligación de resultado porque se está en un ámbito infraccional, siendo irrelevante si existió o no culpa de la entidad empleadora en el acaecimiento del hecho. La única excepción posible a esta regla es probar que el accidente se hubiera producido de igual modo a pesar de los cuidados observados por el empleador.

3.4.1 Naturaleza contractual:

En la dogmática laboral clásica se considera como un deber que encuentra su origen en el contrato de trabajo y por tanto esa es su naturaleza: contractual.

Así, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde afirman que este deber no tiene un fundamento unívoco, sino una pluralidad de fundamentos jurídicos, todos los cuales reposan en última instancia sobre el contrato de trabajo.⁵³

Mario Ackerman expresa que la implicación y compromiso personal del trabajador conlleva el simétrico deber de conducta que se espera del empleador, y que consiste en la protección de quien, para ganar el salario, pone a disposición de quien tiene la potestad de dirigirla su persona y su capacidad laborativa. A esta obligación del empleador, de naturaleza contractual – con independencia de su fortalecimiento con el reconocimiento legal – corresponde un derecho subjetivo de acreencia del trabajador que debería ser exigible judicialmente por éste.⁵⁴

William Thayer y Patricio Novoa sostienen que el contenido, forma y extensión del deber de protección están reglados por la autoridad mediante normas de orden público, no obstante reconocerse su origen contractual, lo que explican por la naturaleza compleja de este deber, obligación contractual pero regulada por normas de derecho necesario emanadas

⁵³ Olea y Casas, *Derecho...*, 528.

⁵⁴ Mario E. Ackerman, *Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VI-A, Riesgos del Trabajo, Obligación de Seguridad, Accidentes y Enfermedades Inculpables* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, segunda edición ampliada y actualizada, 2013), 59-60.

de la autoridad, que ha emergido como la respuesta que ha debido dar el Estado moderno al gran auge del maquinismo y la revolución industrial.⁵⁵

Irene Rojas trata el deber de seguridad bajo la denominación de deber de seguridad y salud en el trabajo dentro del contenido ético – jurídico del contrato de trabajo. Expresa que «la doctrina tradicional otorga a este contenido fundamentos más bien débiles, en circunstancias de que los derechos del trabajador tienen base jurídica segura y fuerte. Primero, protección de la persona del trabajador, por una parte a la dignidad respecto a los Derechos Humanos. Segundo, el deber de seguridad y salud en el trabajo. Tercero, protección de la capacidad profesional del trabajador. Protección a la maternidad.»⁵⁶

Por su parte, Gabriela Lanata expresa que «el trabajador, al celebrar el contrato laboral, incorpora a su patrimonio jurídico el derecho a la seguridad y salud en el trabajo de manera directa y como consecuencia de su celebración, es decir, no lo tiene antes que aquélla. Se trata así, de un derecho que podrá ejercer respecto de su empleador durante toda la vigencia del contrato».⁵⁷

Nos parece que no admite discusión el carácter contractual del deber de seguridad del empleador, en tanto existe un contrato de trabajo que lo vincula con el trabajador y a partir de él surgen prestaciones mutuas que es preciso satisfacer, una de las cuales es el deber que referimos, que según sostuvimos antes es una contrapartida al poder de dirección que detenta el empleador.

Enseguida se fundamenta en el artículo 1546 del Código Civil, a propósito de la buena fe con que deben ejecutarse los contratos.

Muestra de ello es también el artículo 420 letra f) del Código del Trabajo, cuando entrega al conocimiento de los tribunales laborales «los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley N° 16.744», de lo que se sigue que cuando

⁵⁵ Thayer y Novoa, *Manual...*, 327-328.

⁵⁶ Rojas, *Manual ...*, 173-174.

⁵⁷ Lanata, *El derecho de los trabajadores ...*, 349.

la responsabilidad en el accidente o enfermedad laboral no radica en el empleador, hay que estarse al estatuto de responsabilidad extracontractual.

En fin, el carácter contractual de este deber no muta en deber legal tan solo por existir normas positivas que lo regulen, lo que se explica en atención a la importancia de los bienes jurídicos que ampara y en la necesidad de contar con criterios técnicos que lo materialicen.⁵⁸

3.4.2 Naturaleza legal o mixta

Desde la dogmática civilista se ha venido sosteniendo que existe además del carácter contractual, un componente legal en la obligación de seguridad del empleador.

Así, para Jorge Baraona⁵⁹ no existen dudas de que se trata de deberes contractuales, pues ellos nacen como consecuencia de que una persona se incorpora al trabajo como efecto de la celebración de un contrato de trabajo; pero la cuestión es determinar si son únicamente contractuales. Refiere el principio de buena fe contractual del cual podrían inferirse los deberes de seguridad del empleador incluso al margen de artículo 184 del Código del

⁵⁸ Ejemplos del reconocimiento del carácter contractual del deber de seguridad: a) “Luis Enrique Rios Poblete Con Constructora Senarco S.A. e Inmobiliaria Titanium S.A.”, Rol O-786-2011, Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 16 de junio de 2011: En cuanto a la responsabilidad que le compete al empleador por accidente de trabajo, de acuerdo a lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia laboral si es el mismo trabajador quien la reclama, es de índole contractual, pues dice relación con el incumplimiento al deber de seguridad, consagrado en el artículo 184 del Código del Trabajo, obligación que comprende la protección y cuidado de la vida y salud del trabajador y que se encuentra incorporado al contrato de trabajo, como parte de su contenido ético jurídico. b) “Giovanni Alexis Díaz Mondaca con Empresa Constructora Bravo E Izquierdo Limitada”, Rol O-3314-2011, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 23 de enero de 2012: No obedece la responsabilidad de que se trata a un estatuto estricto que prescinde de las actuaciones de las partes, especialmente del contratante deudor de seguridad, como lo plantea el demandante, sino de la consagración legal de un deber contractual que se erige sobre un estándar de diligencia y eficiencia en relación a las faenas y tareas individuales de los destinatarios de él, vinculado con diversos aspectos que abarcan desde la capacitación de los trabajadores y su equipamiento, hasta la adecuación de los espacios físicos y el proceso productivo. c) “Molina con Comercial Sepmo y Cia. Ltda. y Pesquera Orizon S.A.”, Rol 10.139-2013, Corte Suprema, 10 de junio de 2014: Por otro lado, respecto de la naturaleza de la obligación de seguridad, este tribunal ya ha señalado que ella se encuentra impuesta por la ley mediante el artículo 184 del Código del Trabajo, y como norma de orden público que es, se incorpora al vínculo contractual de forma indisoluble, constituyéndose en un elemento esencial del mismo. Por ello, aunque su origen es legal, se integra al contrato de trabajo entre empleador y trabajador, por lo que cuando ella no es observada se incumple el contrato en una obligación esencial.

⁵⁹ Jorge Baraona González, «La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas», en *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 20 (U. de los Antos, 2011), 147-181.

Trabajo. Declara que dado el carácter contractual que reconocemos al principio de buena fe, es obvio que su fuerza obligatoria no alcanza únicamente al empleador, sino que también compromete la actuación de los propios trabajadores. Sin embargo, sostiene que el deber de seguridad no encuentra su justificación última en el acuerdo de voluntades que dio nacimiento al contrato de trabajo, sino que ha de buscarse un fundamento superior en el deber general de respetar la vida y seguridad de los demás, lo que viene impuesto por la ley.

Concluye que bajo la mirada conjunta de la Constitución, el Código Civil y el Código del Trabajo, los deberes de seguridad en el trabajo tienen una doble naturaleza: contractuales y legales, lo que produce un concurso de normas que dan lugar a acciones semejantes pero no idénticas en cuanto al estatuto jurídico por las que se rigen.

Por su parte, Enrique Barros⁶⁰ sostiene que desde un punto de vista jurídico el deber de cuidado del empleador corresponde a una obligación de seguridad que tiene por objeto la integridad física y psíquica del trabajador, la que no es implícita (como ocurre usualmente en materia contractual) sino que está expresamente consignada en el artículo 184 del Código del Trabajo. Por aplicación de las reglas generales del derecho común, el empleador responde de la *culpa leve*, en los términos del artículo 1547 del Código Civil, con un estándar de diligencia que se corresponde con el de un empresario prudente y diligente que debe adoptar las prevenciones en consideración a la entidad de los bienes jurídicos comprometidos. Pareciera que opta por la naturaleza contractual de la obligación de seguridad, en tanto la relación entre el trabajador y el empleador tiene su fuente en el contrato de trabajo. Sin embargo, destaca que las obligaciones relevantes del empleador están definidas por normas de orden público, que le imponen *deberes legales* de cuidado.⁶¹

⁶⁰ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile, 2006), 704-706.

⁶¹ Ejemplo del reconocimiento del carácter legal del deber de seguridad: “María Llanca Gajardo y otros con Alejandra Uribe Cuevas”, Rol 676-2010, Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de noviembre de 2010: el deber de protección y seguridad impuesto al empleador en el Artículo 184 del Código del Trabajo tiene el carácter de obligación legal, de manera que debe ser el empleador quien deba acreditar que hizo efectivas todas las medidas de seguridad para eximirse de la responsabilidad que el legislador le atribuye. En razón de lo establecido precedentemente, la culpa del empleador demandado en esta causa se ha traducido en la inobservancia de su deber legal de otorgar seguridad efectiva a su trabajador, lo que motivó el accidente del trabajo y la muerte del trabajador, existiendo la relación de causa a efecto entre el hecho dañoso y su resultado.

No compartimos la naturaleza mixta del deber de seguridad, postura que importada del Derecho Civil, no reconoce los orígenes de la protección de los riesgos laborales dentro del Derecho de la Seguridad Social. Ya lo destaca Irene Rojas cuando refiere a propósito de la vigencia de los derechos fundamentales al interior de la relación laboral, que nos enfrentamos a una de las tareas más complejas del Derecho del Trabajo: el reconocimiento de estos derechos fundamentales hace necesaria la revisión de las bases dogmáticas del contrato de trabajo, las que ancladas en el Derecho Civil necesitan su adecuación a las exigencias de la plena vigencia de los derechos fundamentales.⁶²

La huida del seguro privado imperante bajo el Código del Trabajo de 1931, en que se consagraba la responsabilidad directa – y estricta - del empleador en los riesgos laborales de sus trabajadores, dejó paso a un sistema de protección en el marco del Derecho de la Seguridad Social, con la Ley N° 16.744 en el año 1968, cuyo artículo 69 literal b) establece con toda claridad una acción en favor de la víctima de un accidente del trabajo o enfermedad profesional y de sus herederos, para demandar «las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral».

Esto significó que de manera explícita quedó a salvo la acción indemnizatoria civil que estaba presente en el artículo 260 del Código del Trabajo de 1931, recogiendo el *principio de complementariedad de las indemnizaciones* (la de la seguridad social y la civil),⁶³ cuestión que de ninguna forma puede significar, como algunos han creído entender, que existe una especie de responsabilidad legal en torno a esta materia o que el deber de seguridad tiene fuente legal, más aun cuando el actual artículo 184 del Código del Trabajo tenía a esa fecha un tenor prácticamente idéntico al actual.⁶⁴

⁶² Rojas, *Manual...*, 174.

⁶³ Sobre la suplementariedad o complementariedad de ambos sistemas, ver Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social...*, 206.

⁶⁴ Artículo 244 del Código del Trabajo de 1931 establecía: «El patrón o empresario está obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus obreros y empleados. / Para este efecto deberá proceder, dentro del plazo que fije la Inspección General del Trabajo y de acuerdo con las disposiciones que determine el Reglamento, a introducir, por su cuenta, todas aquellas medidas de higiene y seguridad en los locales del trabajo y de salubridad convenientes a las viviendas de las empresas, industrias y faenas en general./ Deberá, asimismo, disponer de los elementos de protección necesarios para prestar, en caso de accidente de sus obreros o empleados, oportuna y adecuada atención médica, farmacéutica y hospitalaria».

No puede olvidarse que el deber de seguridad es un elemento de la naturaleza del contrato de trabajo, esto es, que aun cuando las partes no se refieran a él de manera explícita en el documento en que consten las cláusulas del contrato de trabajo, de todas formas se entiende que le pertenece.

Los especialistas en Derecho Civil, acostumbrados a la formalidad y las solemnidades propias de su disciplina, han visto en este deber una obligación legal, tan solo porque la ley se refiere a ella, olvidando considerar que el contrato de trabajo es consensual, de tracto sucesivo y por tanto dinámico, que contiene diversas obligaciones que van más allá de los deberes de prestar servicios y pagar una remuneración, lo que es extraordinario porque lo humaniza. Y no obstante tratarse de un contrato dirigido, regulado por normas de orden público, estas características por sí solas no pueden determinar la existencia de un régimen de obligaciones de fuente legal. En efecto, el deber de seguridad del empleador consagrado en el artículo 184 del Código del Trabajo, no expresa de manera acabada en qué consiste dicho deber, sino que este depende de las circunstancias del caso, de la peligrosidad de la actividad, y de las condiciones específicas en que se desarrolla la actividad económica, por lo tanto, constituye un deber cuya concreción corresponde a las partes en el caso concreto teniendo en vista la obligación general, relativa a proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores. Resulta sumamente relevante que el deber de seguridad sea genérico y trascienda el tradicional establecimiento de obligaciones en el contrato de trabajo (prestación de servicios y remuneraciones), pues las condiciones de la actividad económica varían en cada caso, y respecto de cada caso individual, también varía con el tiempo, por lo tanto, el deber de seguridad, para entenderse cumplido, debe adaptarse a cada una de las circunstancias del caso.

Por lo tanto, en gran medida es una buena técnica legislativa que el artículo 184 del Código del Trabajo, utilice conceptos jurídicos indeterminados, porque asegura su aplicación flexible y moldeable a cada realidad empresarial específica, con sus propios riesgos específicos, y que además varían en el tiempo con el avance tecnológico que impacta en sus procesos productivos. De acuerdo a García de Enterría, «los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de manera precisa e inequívoca [...]». Por el contrario,

con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere a una realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto [...]. La Ley no determina con exactitud los límites de estos conceptos porque se trata de conceptos que admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la determinación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación».⁶⁵ Así, de acuerdo a esa técnica legislativa, es posible para empleadores y trabajadores calibrar de acuerdo a circunstancias siempre cambiantes, cuál es el contenido del deber de seguridad, evaluando de manera continua los riesgos a los que la actividad económica está expuesta, así como estableciendo una política de gestión de seguridad y salud, que debe ser continuamente modificada, de acuerdo a una nueva interpretación de lo que exige el deber de seguridad.

4. El deber de seguridad del trabajador

4.1 En los estándares de la OIT y el marco de regulación europeo

El Convenio 155 de la OIT se refiere a este deber en su Artículo 19, al consignar que los trabajadores y sus representantes deben cooperar al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo.

La legislación de la Unión Europea así lo ha entendido también, a través de la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989 relativa a la Aplicación de Medidas para Promover la Mejora de la Seguridad y de la Salud de los Trabajadores en el Trabajo, en cuya sección III dedica un capítulo a las obligaciones de los trabajadores, y en particular el Artículo 13, que por su importancia transcribimos:

1. Competerá a cada trabajador velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por las de las demás personas afectadas, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de su empresario.

⁶⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, (2004) *Curso de Derecho Administrativo I*. (España: Thomson Civitas, 2004), 465.

2. A fin de realizar dichos objetivos, los trabajadores con arreglo a su formación y a las instrucciones de su empresario, deberán en particular:

a) utilizar correctamente las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y otros medios;

b) utilizar correctamente el equipo de protección individual puesto a su disposición y, después de su utilización, colocarlo en su sitio;

c) no poner fuera de funcionamiento, ni cambiar o desplazar arbitrariamente los correspondientes dispositivos de seguridad de las máquinas, aparatos, herramientas, instalaciones y edificios, y utilizar tales dispositivos de seguridad correctamente;

d) indicar inmediatamente al empresario y / o a los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, toda situación laboral que, por un motivo razonable, consideren que entraña un peligro grave e inminente para la seguridad y la salud, así como todo defecto que se haya comprobado en los sistemas de protección;

e) contribuir, de conformidad con los usos nacionales y durante el tiempo que fuere necesario, junto con el empresario y / o los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, a que puedan cumplirse todas las tareas o exigencias impuestas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo;

f) contribuir, de conformidad con los usos nacionales y durante el tiempo que fuese necesario, junto con el empresario y / o los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, a que el empresario pueda garantizar que el medio y las condiciones de trabajo sean seguros y no presenten riesgos para la seguridad y la salud dentro de su ámbito de actividad.

Los países europeos han recogido con distintas variantes estos lineamientos, como es el caso de España con la Ley N° 31/95 sobre Prevención de Riesgos Laborales; en los

Artículos 18 y 19 se regula con detalle la participación de los trabajadores en la tarea preventiva y su formación profesional.⁶⁶

4.2 Contenido y alcances en la legislación chilena

En Chile el principal obligado por la obligación de seguridad es el empleador, lo que se comprueba de la simple lectura del artículo 184 del Código del Trabajo, cuando consigna que «el empleador estará obligado a tomar todas las medidas para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores».

Sin embargo, el deber de seguridad también incumbe a los trabajadores en tanto forman parte de la relación de trabajo, pero en una dimensión distinta a la del empleador.

Dentro de las obligaciones recíprocas que surgen con ocasión del contrato de trabajo están las de orden patrimonial, como son la de prestar efectivamente los servicios para el trabajador y la de pagar por ellos la remuneración convenida para el empleador; pero también las de orden no patrimonial, que según ya hemos señalado comprenden el deber de seguridad del empleador. El irrestricto cumplimiento de este deber, como elemento esencial emanado de la naturaleza del contrato de trabajo, impregna el ejercicio del poder de dirección del empleador, para limitarlo, pues éste al organizar el trabajo al interior de la empresa deberá atender a las medidas preventivas que sean eficaces a fin de no crear situaciones que puedan afectar la vida y la salud del trabajador.

En esta dimensión del poder de dirección, el empleador adoptará medidas y establecerá procedimientos de trabajo que, imbuidos de un carácter preventivo, resultan obligatorios para el trabajador en virtud de la subordinación jurídica a que se encuentra sometido mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo. Configurado así el deber de seguridad del trabajador, lo obliga a poner en ejercicio los procedimientos de trabajo seguro que le indique el empleador y a utilizar correctamente los elementos de protección personal. Y en caso que no cumpla con estas obligaciones, nace la posibilidad de aplicarle sanciones, que

⁶⁶ La normativa europea y española será abordada con detalle en el Capítulo IV

estarán constituidas por aquellas señaladas en el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad vigente en la empresa.

En el DS N°40 de 1969, del MTPS, sobre Reglamento de Prevención de Riesgos Profesionales, en donde a propósito del contenido del Reglamento Interno de Higiene y Seguridad se indica, en el capítulo de obligaciones, que este instrumento debe comprender normas sobre el uso correcto y cuidado de los elementos o dispositivos de protección personal, la obligación de dar cuenta de síntomas de enfermedad profesional o accidentes, cooperar en la investigación de accidentes, comunicar desperfectos que afecten la seguridad personal, acatar normas internas sobre métodos de trabajo u operaciones o medidas de higiene y seguridad, participación en prevención de riesgos de capataces, jefes de cuadrillas, supervisores, jefes de turno o sección y otras personas responsables. También se establece la enumeración de actos o acciones no permitidos por envolver riesgos, como trabajar bajo influencia del alcohol, retirar o dejar inoperantes elementos o dispositivos de seguridad e higiene instalados por la empresa, destruir o deteriorar material de propaganda visual o de otro tipo destinado a la promoción de la prevención de riesgos, operar o intervenir maquinarias o equipo sin autorización, desentenderse de normas o instrucciones de ejecución o de higiene y seguridad impartidas para un trabajo dado (Artículos 18 y 19).

En casos calificados, será procedente una causal de despido, como la contemplada en el artículo 160 N°5 del Código del Trabajo, esto es, por incurrir en «actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos».

Creemos que esta es la correcta manera de entender el deber de seguridad del trabajador, a partir de las normas legales y reglamentarias vigentes que inciden en la materia en análisis, pues de no ser así, se tornaría ilusorio el cumplimiento del artículo 184 del Código del Trabajo para el empleador, al sujetarse el cumplimiento de su deber de seguridad a la sola voluntad del trabajador.

La norma contenida en el artículo 70 de la Ley N°16.744, en cuanto hace procedente la aplicación de una multa al trabajador que sufra un accidente del trabajo por su negligencia inexcusable, no altera lo señalado, por cuanto se trata de una norma inserta dentro del seguro social regulado por dicha ley, diseñado en base a un sistema de responsabilidad

objetiva a los efectos de la cobertura de la seguridad social, vale decir, irrenunciable y que da lugar por el solo hecho de ocurrir un accidente del trabajo o diagnosticarse una enfermedad profesional, a las prestaciones que el sistema contempla, sin atender a criterios de culpa de ninguna de las partes intervinientes en la relación de trabajo, quedando sólo excluidos de la cobertura los infortunios causados por fuerza mayor extraña o intencionalmente por la víctima según refiere el artículo 5 de la Ley N°16.744.

Con todo, estimamos que estas disposiciones son insuficientes para regular lo que venimos explicando, esto es, el deber de seguridad entendido desde la perspectiva de los trabajadores, ya que su contenido detallado puede no figurar en los reglamentos internos de los empleadores, siendo estos últimos quienes definen su contenido, o bien dicho contenido no siempre será preciso y determinado. Además, quedan fuera de estas reglas los trabajadores independientes, quienes también realizan actividades que pueden significar riesgos para su seguridad y salud en el trabajo. En efecto, a partir de la dictación de la Ley 20.255, sobre Reforma Previsional, específicamente en los artículos 88 y 89, se establece la incorporación de los trabajadores independientes al seguro social sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En este caso, no existe una política de prevención de riesgos aplicable a su respecto, dado que no trabajan para un tercero denominado empleador, sin perjuicio de que el organismo administrador del seguro social, les prescriba medidas de seguridad que deban seguir en su trabajo independiente, y les curse multas en el caso de incumplimiento.⁶⁷

4.3 Normativa actual del modelo chileno de prevención de riesgos laborales;

El modelo actual de prevención de riesgos laborales en la legislación chilena, incluye diversas obligaciones reguladas tanto en el Código del Trabajo como en leyes especiales, entre las cuales se pueden encontrar; a) obligación de constitución de comité paritario; b) obligación de constitución de departamento de prevención de riesgos; c) obligación de confección de reglamento interno de higiene y seguridad; d) derecho a saber por parte de los trabajadores; e) otorgamiento de elementos de protección personal a los trabajadores; f) informar sobre accidentes graves y suspender las faenas; g) traslado de faena en el caso de enfermedad profesional; h) exigencia de exámenes preocupacionales; i) ley de la silla; j)

⁶⁷ www.suseso.cl, Circular 3226, de la Superintendencia de Seguridad Social, de 18 de mayo de 2016, p. 14.

obligaciones específicas en materia de uso de pesticidas y plaguicidas Veremos cada uno de ellos a groso modo;

a) Obligación de constitución de comité paritario de higiene y seguridad: el comité paritario se encuentra regulado en el artículo 243 del Código del Trabajo, así como en el artículo 66 de la Ley N° 16.744, de 1968, y en el Decreto Supremo N° 54, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Para encontrarse en presencia de la obligación de constituir dicho comité paritario, la empresa debe tener como mínimo 25 trabajadores, contando los trabajadores que laboran en todas las unidades de trabajo que dependan de un mismo empleador.

El Comité Paritario de Higiene y Seguridad debe contar con seis integrantes, de los cuales tres deben ser representantes del empleador, designados por éste, y tres representantes de los trabajadores, elegidos por votación. Tanto los representantes de los trabajadores como del empleador deben contar con suplentes.

Los representantes del empleador deben estar relacionados con los aspectos técnicos de la actividad productiva de la empresa, de manera tal que puedan influir de forma adecuada en la gestión de riesgos. Por otro lado, uno de los representantes de los trabajadores, designado por ellos, contará con fuero laboral hasta el término de su mandato o hasta la terminación de su contrato de trabajo de plazo fijo, si fuere el caso.

Si una empresa tuviera faenas, sucursales o agencias diversas, en cada una de ellas deberá constituir un comité paritario de higiene y seguridad. Además, los miembros del comité paritario duran dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegidos.

Las funciones de un comité Paritario son las siguientes;

- Asesorar e instruir a los trabajadores para la correcta utilización de los instrumentos de protección;
- Vigilar el cumplimiento tanto por parte de la empresa como de los trabajadores, de las medidas de prevención, higiene y seguridad;
- Investigar las causas de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que se produzcan en la empresa, y de cualquiera otra afección que afecte en forma reiterada o general a los trabajadores y sea presumible

que tenga su origen en la utilización de productos fitosanitarios, químicos o nocivos para la salud.

- Cumplir las demás funciones o misiones que le encomiende el organismo administrador respectivo;
- Decidir si el accidente o enfermedad profesional se debió a la negligencia inexcusable del trabajador;
- Indicar la adopción de todas las medidas de higiene y seguridad, que sirvan para la prevención de riesgos laborales;
- Promover la realización de cursos de adiestramiento destinados a la capacitación profesional de trabajadores.

A primera vista se trata de funciones determinadas y específicas. Sin embargo, la norma no se pone en supuestos de riesgos concretos, es decir, los presentes en la realidad de la operación del empleador, atendida la actividad específica que desarrolla. En efecto, el establecimiento de un Comité Paritario de Higiene y Seguridad no responde una política global para la construcción de una cultura de prevención, en que empleador y trabajadores estén involucrados en la identificación continua de riesgos laborales en el contexto de la actividad económica específica que se desarrolla, más bien establece una escueta facultad de vigilar el cumplimiento de normas de seguridad y salud en el trabajo, pero que son aquellas que provienen del reglamento interno del empleador, que responde más bien a una obligación de carácter documental antes que a una política de prevención verdadera.

b) Obligación de constitución de Departamento de Prevención de Riesgos: el Departamento de Prevención de Riesgos, se encuentra regulado en el Decreto Supremo N° 40, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba reglamento sobre prevención de riesgos profesionales.

De acuerdo al artículo 8 inciso primero del Decreto Supremo N° 40, ya mencionado; «se entenderá por Departamentos de Prevención de Riesgos Profesionales a aquella dependencia a cargo de planificar, organizar, asesorar, ejecutar, supervisar y promover acciones permanentes para evitar accidentes del trabajo y enfermedades profesionales».

Luego, de acuerdo al inciso segundo del artículo 8 del Decreto Supremo, ya mencionado, «Toda empresa que ocupe más de 100 trabajadores deberá contar con un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales, dirigido por un experto en la materia».

Dentro de las funciones del Departamento de Prevención de Riesgos se pueden contar;

- Reconocimiento y evaluación de riesgos y enfermedades profesionales;
- Control de riesgos en el ambiente o medios de trabajo;
- Acción educativa de prevención de riesgos y promoción de la capacitación y adiestramiento de los trabajadores;
- Registro de información y evaluación estadística de resultados;
- Asesoramiento técnico a los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad (de los cuales forma parte, por derecho propio), supervisores y líneas de administración técnica.

Tanto en el caso del Comité Paritario de Higiene y Seguridad como el Departamento de Prevención de Riesgos no responden una política global para la construcción de una cultura de prevención, en que empleador y trabajadores estén involucrados en la identificación continua de riesgos laborales en el contexto de la actividad económica específica que se desarrolla. Si bien el Departamento de Prevención de Riesgos está a cargo de un ingeniero en prevención de riesgos, que posee conocimiento en cuanto a riesgos específicos, dicho modelo no contempla la necesidad de autoevaluación de riesgos continua ni la elaboración de una política de gestión de seguridad y salud en que estén involucrados directamente empleadores y trabajadores. Por lo tanto, por mucho que el ingeniero en prevención de riesgos traspare información sobre riesgos laborales, tanto empleador como trabajador son receptores pasivos de información, y no participantes activos de un proceso de identificación de riesgos laborales, lo que redundará directamente en una débil cultura de prevención.

c) Obligación de contar con Reglamento Interno de Higiene y Seguridad: las empresas estarán obligadas a mantener al día el reglamento Interno de Higiene y Seguridad, con independencia del número de trabajadores que laboren en ellas. En él debe contener las obligaciones y prohibiciones de los trabajadores en materia de higiene y seguridad, así como las sanciones por su incumplimiento, y el procedimiento de reclamos ante accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

d) Derecho a saber: el empleador tiene el deber de informar a los trabajadores acerca de los elementos, productos y sustancias que se deban utilizar en sus procesos de

producción o en su trabajo, sobre la identificación de los mismos, sobre los mínimos de exposición permisibles a esos productos, acerca de los peligros para la salud y sobre las medidas de control y de prevención que deben adoptar para evitar tales riesgos. El deber de información de los riesgos laborales está establecido como tal en el artículo 184 del Código del Trabajo, así como en el título VI, del Decreto Supremo N° 40, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales (artículos 21 a 24);

Dichos elementos, productos y sustancias que se deban utilizar en los procesos de producción, así como su identificación y los límites mínimos de exposición permisibles a dichos productos, se encuentran establecidos en el Decreto Supremo 594 de 1999 del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales de los Lugares de Trabajo.

e) Otorgamiento de elementos de protección personal a los trabajadores: en virtud de los artículos 184 del Código del Trabajo y artículo 68 inciso tercero de la Ley N° 16.744, de 1968, sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, es obligación del empleador proporcionar sin costo alguno para los trabajadores los elementos de protección necesarios para prevenir accidentes el trabajo y enfermedades profesionales, así como también supervigilar su correcto uso por parte de los trabajadores.

Por otro lado, de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Supremo N° 18, de 1982, de Ministerio de Salud, sobre Certificación de Calidad de Elementos de Protección Personal contra Riesgos Ocupacionales, los aparatos, equipos y elemento de protección personal contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que se utilicen o comercialicen en el país, sean ellos de procedencia nacional o extranjera, deberá cumplir con las normas y exigencias de calidad que rijan a tales artículos, según su naturaleza.

f) Informar sobre accidentes graves y suspender las faenas; de acuerdo al artículo 74 de la Ley N° 16.744, en el caso de accidentes fatales y graves, el empleador deberá informar inmediatamente a la Inspección del Trabajo y a la Secretaría Regional Ministerial de Salud (SEREMI) que corresponda, acerca de la ocurrencia de alguno de esos hechos.

En estos casos el empleador deberá suspender la faena de forma inmediata y, de ser necesario, permitir a los trabajadores la evacuación del lugar de trabajo. La reanudación de

faenas solo podrá efectuarse cuando, previa fiscalización del organismo fiscalizador, se verifique que se han subsanado las deficiencias constatadas.

Se entiende por accidente del trabajo fatal aquel accidente que provoca la muerte del trabajador en forma inmediata o durante su traslado a un centro asistencial. Por otro lado, se entiende por accidente del trabajo grave, cualquier accidente del trabajo que obligue a realizar maniobras de reanimación, u obligue a realizar maniobras de rescate, u ocurra por caída de altura, de más de dos metros, provoque, de forma inmediata, la amputación o pérdida de cualquier parte del cuerpo, o involucre un número tal de trabajadores que afecte el desarrollo normal de la faena afectada.⁶⁸

g) traslado de faena en el caso de enfermedad profesional: los trabajadores afectados por alguna enfermedad profesional que haya sido diagnosticada, deben ser trasladados por su empleador a otras faenas en donde no estén expuestos al agente causante de la enfermedad; y si son citados para exámenes de control por el organismo administrador, deben ser autorizados para asistir considerándose el tiempo que ocupen en ello como trabajado para todos los efectos legales.

h) Exigencia de exámenes preocupacionales: no podrá exigirse ni admitirse el desempeño de un trabajador en faenas calificadas como superiores a sus fuerzas o que puedan comprometer su salud o seguridad. Esta calificación deberá ser efectuada por los organismos competentes de conformidad a la ley, teniendo en vista la opinión de entidades de reconocida especialización en la materia de que se trate, sean públicas o privadas.

La Dirección del Trabajo ha señalado a través de su Ordinario N° 3459/179 de 2002⁶⁹, que en caso de duda de si un trabajo es perjudicial para la salud o seguridad del trabajador o superior a sus fuerzas, deberá requerirse la calificación del Servicio de Salud correspondiente, y de así estimarse el empleador no podrá exigir ni admitir en tal trabajo al dependiente.

i) Ley de la silla: la obligación de mantener el número suficiente de asientos o sillas a disposición de los trabajadores en almacenes, tiendas, bazares, bodegas, depósitos de mercadería y demás establecimientos comerciales semejantes, tiene su origen en una de las

⁶⁸ Circular N° 3335 de la Superintendencia de Seguridad Social, de 31 de octubre de 2017.

⁶⁹ Dictamen disponible en <http://bit.ly/2ydpvFs>.

primeras leyes protectoras del trabajo en Chile, la Ley N° 2.951 (comúnmente llamada ley de la silla), hoy presente en el artículo 193 del Código del Trabajo.

j) Obligaciones específicas en materia de uso de pesticidas y plaguicidas: los organismos administradores del seguro de la Ley N° 16.744, deberán informar a sus empresas afiliadas sobre los riesgos asociados al uso de pesticidas, plaguicidas y, en general, de productos fitosanitarios.⁷⁰

4.4 Negativa del trabajador a la prestación de los servicios contratada

La Ley N° 21.012 de 2017 agregó el artículo 184 bis al Código del Trabajo, señalando en su inciso segundo que «el trabajador tendrá derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud. El trabajador que interrumpa sus labores deberá dar cuenta de ese hecho al empleador dentro del más breve plazo, el que deberá informar de la suspensión de las mismas a la Inspección del Trabajo respectiva». Este derecho del trabajador acompaña al deber prioritario del empleador de detectar la existencia de riesgo grave e inminente para la vida y salud de los trabajadores, informando a los trabajadores sobre tal situación y señalando las medidas que se tomarán para atenuar dicho riesgo, o en el caso de no poder atenuarlo, tomar la medida de suspensión inmediata de la faena y evacuación de trabajadores.⁷¹ Ahora bien, todo ello es sin perjuicio de que el trabajador pueda ejercer el derecho de interrumpir sus labores, al detectar un riesgo grave e inminente, que el empleador no ha detectado por sí mismo o no ha cumplido con la obligación de información, atenuación o suspensión contenidas en el artículo 184 bis del Código del Trabajo.

Ciertamente el trabajador debe cumplir con las órdenes e instrucciones que le imparta su empleador, las que están revestidas de una presunción de legitimidad, de lo que deriva el

⁷⁰ Ver Decreto Supremo N° 157, de 30 de junio de 2005, del Ministerio de Salud, que establece el «Reglamento de pesticidas de uso sanitario y doméstico», y el Decreto Supremo N° 158, de 30 de septiembre de 2014, del Ministerio de Salud, que «Que aprueba reglamento sobre condiciones para la seguridad sanitaria de las personas en la aplicación terrestre de los plaguicidas agrícolas».

⁷¹ Derecho de resistencia que se puede rastrear hasta la Directiva-marco de la Unión Europea 89/391, artículo 8; Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 93.

deber del trabajador de obedecerlas, sin perjuicio de impugnarlas si las cree lesivas o abusivas, pues de no ser así, tendríamos que convertir al trabajador en definidor de sus obligaciones⁷². De lo que se sigue que la posibilidad del trabajador de negarse a efectuar las labores establecidas en el contrato, es más amplia que la establecida en la norma del artículo 184 bis del Código del Trabajo. En efecto, aun antes de la incorporación del artículo 184 bis del Código del Trabajo, era posible invocar válidamente esta negativa a trabajar por parte del trabajador. Así integrando el sistema de normas, existen dos instituciones que se constituyen en herramientas eficaces en línea con lo que la nueva norma establece, esto es, el *ius resistencia* y la excepción del contrato no cumplido.

4.5 El *ius resistencia*:

El poder de dirección revestido de la presunción de legitimidad que hemos comentado ha de entenderse con la salvedad de que en la ejecución de la orden concurren circunstancias de peligro o riesgo grave y cierto para el trabajador, incluidas las que comporten un menoscabo de la dignidad de las personas o, quizás, una variación total del trabajo y de las condiciones de su prestación.

Esta sería una manifestación del conocido *ius resistencia*, que autoriza al trabajador a resistir el cumplimiento de sus obligaciones cuando ellas conllevan un objeto o causa ilícitos o contrarios a derecho, dentro de los que podemos situar los incumplimientos del empleador al deber de seguridad, en un plano abstracto, vale decir, antes de la manifestación del riesgo laboral. En supuestos de manifestación concreta del riesgo, nos parece más bien aplicable la excepción de contrato no cumplido que refieren Olea y Casas⁷³, a la que nos referimos a continuación.

4.6 La *exceptio non adimpleti contractus*:

⁷² Olea y Casas, *Derecho...*, 512.

⁷³ Olea y Casas, *Derecho...*, 513.

Siendo el contrato de trabajo de carácter bilateral, oneroso y conmutativo, ciertamente el incumplimiento por una de las partes de las obligaciones contratadas nos ubica en el supuesto de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* establecida en el artículo 1552 del Código Civil. La hipótesis de aplicación de este precepto en el tema que nos ocupa, se da respecto del empleador incumplidor de su obligación de proteger eficazmente la vida y salud del trabajador – por ejemplo al no proporcionar los elementos de protección necesarios – ante lo cual el trabajador quedaría liberado de su obligación de prestar los servicios contratados.

Del tenor del artículo 7º del Código del Trabajo surgen como elementos principales del contrato de trabajo aquellos de contenido patrimonial, pues establece que el «*contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada*», de manera que la prestación efectiva de los servicios es oponible al pago de la remuneración, y si ésta no se entrega oportunamente, el trabajador podría quedar liberado de su deber de prestar los servicios contratados, sin perjuicio de su derecho a ejercer otras vías, como es la del despido indirecto ante tal incumplimiento grave de obligaciones por parte del empleador. A la inversa también opera la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que si el trabajador no presta efectivamente sus servicios por una causa que le es imputable, queda el empleador autorizado para no pagar la remuneración correspondiente.

Este equilibrio que resulta tan claro en el contenido patrimonial del contrato de trabajo es dudoso en el ámbito no patrimonial, antes de la dictación del artículo 184 bis del Código del Trabajo, que es en el que se sitúa el deber de seguridad del empleador. No estando expresamente autorizado por el ordenamiento jurídico, no teníamos certeza de que el trabajador pudiera negarse a prestar los servicios contratados en un supuesto de peligro para su vida o salud. Ciertamente que tenía a su alcance la posibilidad de denunciar el incumplimiento ante los organismos fiscalizadores, para lo cual el artículo 190 inciso segundo del Código del Trabajo lo autoriza expresamente, así como también las acciones indemnizatorias que procedan en conformidad al derecho común si el peligro se hace efectivo y con ello deriva un daño para la vida y salud de los trabajadores, pero creemos

que el trabajador en el supuesto en análisis no podía excusarse de cumplir con los servicios contratados, lo que representa un evidente vacío legal que la nueva norma vino a llenar.

La ley tenía que precisar que la obligación del empleador de garantizar al trabajador una protección eficaz de su vida y su salud frente a los riesgos laborales, ha sido configurada legalmente como contrapartida de su obligación de trabajar⁷⁴, y así lo hizo.

4.7 Jurisprudencia judicial relacionada:

Nuestros tribunales se han referido innominadamente al deber de seguridad del trabajador, al conocer de asuntos en que se discutía la responsabilidad civil del empleador:

a) «José Ignacio Suaza Duque con Pentavida Compañía de Seguros de Vida S.A. y otros», Rol 1655-2018, Corte de Apelaciones de Santiago, de 02 de mayo de 2019; «Por muy exigente que sea el deber de cuidado aludido en el artículo 184 tantas veces mencionado, si no está vinculado al resultado dañoso, no puede acarrear la responsabilidad del empleador, pues como se dijo ella establece requisitos, lo que indica que si no se entregan condiciones saludables y seguras de trabajo para prevenir los accidentes y aún relacionándola con la magnitud de las responsabilidades y acuciosidad con que el empleador debe dar cumplimiento a su obligación de prevención y seguridad, si ellas no han sido las que causaron el accidente, a lo más serán materia de fiscalización y sanciones administrativas de las autoridades correspondientes, pero no base para indemnizar».

b) «Miguel Ángel González Cabero con Sermainco Spa; Astilleros Calbuco S.A», Rol: O-169-2018, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, de 28 de septiembre de 2018; «Que si bien el artículo 184 del Código del Trabajo establece la obligación contractual del empleador, de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, esta no puede entenderse de otra manera, sino como una obligación de medios y no de resultados. El empleador no puede garantizar al trabajador que se verá libre de todo daño, ya que existe el caso fortuito o fuerza mayor, sino que únicamente poner los medios necesarios para prevenirlos. Así se ha pronunciado la I. C de Apelaciones de Iquique en fallo Rol 80-2009 señalando que, " el deber de cuidado del empleador

⁷⁴ Véase en este sentido María Luisa Martín Hernández, *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo* (Madrid España: Consejo Económico y Social, primera edición, 2006), 348.

corresponde a una obligación de seguridad, que a diferencia de las obligaciones de garantía, no tiene por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino que establece un deber de cuidado que debe ser apreciado conforme a las circunstancias. Se trata de una obligación de medio, pues consiste en adoptar las medidas razonables de prevención sin que pueda exigírsele una efectiva y absoluta evitación de accidentes laborales, ya que la expresión eficazmente a que se refiere la disposición en análisis debe ser entendida como referida a que las condiciones que el empresario debe mantener en el lugar de trabajo deben estar destinadas a lograr un real y preciso resguardo de la vida y salud del trabajador en el desempeño de sus funciones , o dicho en otros términos, deben ser útiles y aptas para tales efectos..."»

c) «Barría Carmona, María Adelita con González Kettler, Pablo Alberto», Rol 2975-2006, Corte Suprema, 28 de agosto de 2007: se expresa que el deber de vigilancia y cuidado consagrado en el artículo 184 del Código del Trabajo ha sido llevado al extremo, si se tiene en cuenta que a los trabajadores les estaba expresamente prohibido subirse a este tipo de máquinas motorizadas que realizaban maniobras o trabajos dentro del establecimiento, lo que constaba en el Reglamento de Higiene y Seguridad, que fue recibido por la víctima. Se ha aplicado incorrectamente dicho precepto por cuanto las medidas que requiere del empleador para proteger la vida y la salud de los trabajadores aparecen adoptadas por el demandado, no pudiendo exigirse medidas que contemplan e impidan conductas que van contra la normal ocurrencia de los sucesos, como lo constituye el transportarse en una pisadera de un tractor; los acontecimientos ocurridos, sólo son imputables a quien, contraviniendo órdenes expresas, incurre en un comportamiento que además es contrario a lo normal.

d) «*Orellana Cataldo Cesar David con Hormigones Transex Ltda.*», Rol 7739-2011, Corte Suprema, 6 de julio de 2012: la obligación del Artículo 184 del Código del Trabajo debe entenderse en el marco del desarrollo de la labor para la cual fue contratado el trabajador dentro de la racionalidad necesaria a las respectivas funciones. En el caso, ha quedado asentado que el dependiente el día del accidente de motu proprio decidió atravesar por la pasarela improvisada por los trabajadores de la cuadrilla que trabajaban el hormigón en la losa, existiendo otras alternativas seguras para trasladarse entre los departamentos, es decir,

actuó con negligencia en el desempeño de sus tareas, sin que, en ese aspecto, pudiera exigirse al empleador una conducta determinada.

e) «*Administradora de Supermercados Hiper Ltda. con Pasmíño Palma Carlos*», Rol 1559-2013, Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2014: en voto de minoría del Ministro Juan Cristóbal Mera se indica que la sentencia ha establecido los hechos, pudiendo concluirse que el accidente que provocó la lesión del demandante se debió a que éste cargaba una caja que contenía carne, dejando en la parte superior de dicho bulto un cuchillo que se deslizó, cayó y le produjo un corte en su mano izquierda. Si esos son los hechos, ninguna responsabilidad podrá tener la empresa demandada, desde que el resultado dañoso se ha debido a la negligencia del propio trabajador y no a una infracción al deber de seguridad que tiene el empleador respecto de sus trabajadores contemplada en el artículo 184 del Código del Trabajo. Está probado que el trabajador tenía los elementos de seguridad y el entrenamiento necesario para efectuar su labor de maestro carnicero, y en realidad no se necesita entrenamiento alguno para saber que si se carga una caja y se deja en su parte superior un cuchillo afilado éste puede deslizarse, caer y provocar una herida más o menos grave. Se trata de exigir el propio cuidado razonable que cualquier persona normal se prodigaría.

Estos casos que hemos extractado reflejan ante todo una disminución de la responsabilidad del empleador, atento lo dispuesto en el artículo 2330 del Código Civil, en cuanto establece que: «La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente», y no deberes específicos de cuidado de parte del trabajador.

5. Naturaleza de la responsabilidad del empleador. En torno a la teoría del riesgo profesional;

La teoría del riesgo profesional supone que quien lleva adelante la actividad económica que produce un riesgo de daño en terceros, es objetivamente responsable de los daños causados ante la materialización de ese riesgo. Se han señalado diversos fundamentos ante un tipo de responsabilidad estricta basada en el riesgo, primero una de tipo económica, en virtud del cual aparece como razonable que quien aprovecha los beneficios de la actividad

desarrollada, debe soportar los costos económicos derivado de los daños producidos.⁷⁵ Sin embargo, la fundamentación más importante de la responsabilidad estricta por riesgo, es una justificación de tipo procesal, pues la víctima no está en condiciones de probar el incumplimiento del deber de cuidado de una empresa, tanto por la complejidad de sus procesos como por el hecho de que la empresa mantiene el control sobre el acceso a dichos procesos, de manera tal que puede arbitrariamente determinar qué revelar y qué no revelar. Por esa razón, algunas legislaciones hacen *estricta* la responsabilidad de la empresa por la materialización del riesgo creado, con independencia de si hay un sujeto personalmente culpable dentro de la organización que causó el daño específicamente, o con independencia de que no se haya infringido ningún deber de cuidado. Según Lubomira Kubica;

«En algunos ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, destacan casos en que la imposición de responsabilidad objetiva se justifica con el argumento según el cual los lesionados, de forma regular, se encuentran en una situación difícil en cuanto a la prueba de la culpa del causante del daño. Entre los “grandes del derecho”, fue Exner quien en la situación en la que se encontraba cada una de las partes en lo concerniente a la obtención de la prueba vio el fundamento de responsabilidad objetiva».⁷⁶

Ahora bien, adicionalmente a la función procesal, aparece una función disuasiva, en virtud de la cual se hace objetivamente responsable a la empresa con el objeto de que aminore lo más posible los riesgos, así por ejemplo Rosenkratz señala;

«un buen sistema de reglas de responsabilidad civil debe disuadir la generación de daños cuyos costos son mayores que sus eventuales beneficios. Para ello el sistema de responsabilidad civil debe lograr un punto óptimo de disuasión –el punto en el que ninguna conducta que acarree más probabilidades de beneficios que riesgos de daño será omitida y ninguna conducta que acarree más riesgos de daño que probabilidades de beneficios será realizada-.»⁷⁷

⁷⁵ Enrique Barros, *Tratado...*, 446.

⁷⁶ María Lubomira Kubica, *El riesgo y la responsabilidad objetiva* (tesis doctoral, Universitat de Girona, 2015), 105, <http://bit.ly/2YyR3nA>.

⁷⁷ Carlos F. Rosenkratz, «El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 60.

La cita de Rosenkratz parece aplicar el fundamento de la responsabilidad por el riesgo creado respecto de las actividades que generan más riesgos que probables beneficios, y no sería eficiente respecto de toda actividad empresarial, sino aquella que crea comparativamente más riesgos que otras actividades económicas, y aquellas respecto de las cuales puede suponerse que su actividad no es socialmente deseable por la cantidad y entidad de los riesgos que genera.

Conscientes de que en Chile se mide el cumplimiento del deber de seguridad por la calificación del resultado dañoso obtenido, en el transcurso de este escrito tendremos la oportunidad de reflexionar si efectivamente un sistema de responsabilidad estricta por riesgo creado por la empresa es un buen disuasivo para la prevención de riesgos, pues si bien es cierto que un mejor manejo previo de los riesgos tenderá hacia la disminución de los mismos, no está claro si responsabilizar al empresario, en todo caso, de los daños producidos con ocasión del desarrollo de la actividad económica, será realmente un buen disuasivo.⁷⁸ Para el empleador no habrá diferencia, siempre será responsable. Por lo tanto, no existe un incentivo real para la prevención.⁷⁹

Si a lo anterior unimos la inexistencia de una política pública orientada hacia la prevención de riesgos laborales, tenemos un cuadro en virtud del cual el empleador se encuentra atrapado entre dos realidades, en primer lugar, no sabe realmente cómo orientar los esfuerzos de manera eficiente hacia la prevención de riesgos laborales, pues los instrumentos existentes son insuficientes a este respecto, dado que en el ordenamiento jurídico se encuentran contenidos en términos generales según vimos. No existen normas diferenciadas en atención a la actividad que desarrolla el empleador ni al tamaño de la empresa, y por otro lado, en los hechos es objetivamente responsable de los daños

⁷⁸ Sobre esta discusión ver Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social...*, 205.

⁷⁹ Esta es la opinión de Aurelia Carrillo López, «La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo» (Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2014), 82-83; Disponible en <http://bit.ly/2jVNYf3>; 82-83; «Por ello, se deduce que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, no solamente por los argumentos expuestos, sino por su clara inoportunidad en términos finalísimos, pues tal objetivación produciría un efecto desmotivador en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta el resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, si no tan siquiera a observar escrupulosamente a normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible actuación administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a las más graves infracciones».

producidos por una prevención que no está diseñada realmente para ser eficiente. Por lo tanto, tenderá hacia el aseguramiento de los daños producidos con ocasión de la actividad económica, pues no cuenta con herramientas adecuadas para prevenir todos los daños, y aunque los pudiera prever y gestionar adecuadamente, será igualmente responsable si el daño se produce. Por lo tanto, el costo económico del daño será un *out put* de la empresa, un ítem más del pasivo de la sociedad, pasando la prevención a ser un aspecto superficial de la actividad económica desarrollada.

Ahora bien, la teoría del riesgo profesional no es usada explícitamente ni por la doctrina civilista ni por la jurisprudencia judicial, quienes tienden a ver la responsabilidad por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, como un tipo de responsabilidad por culpa, como ya hemos dicho, sujeta a los más altos estándares del buen padre de familia, que en la práctica tiende a parecerse bastante a una obligación de resultado, y por lo tanto, a un tipo de responsabilidad estricta.

La teoría del riesgo profesional no es la recogida por la doctrina actual de la responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo, pero dicha teoría posee un efecto persuasivo implícito en las modernas tendencias jurisprudenciales. Las primeras leyes sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales dictadas en Chile estaban basadas en la teoría del riesgo profesional, estableciendo un tipo de responsabilidad objetiva para el empleador, así ocurrió con la Ley N° 3.170, de 1916, y la Ley N° 4.055, de 1924.⁸⁰ Luego, la Ley N° 4.055 fue refundida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 178 de 1931, que dio origen al primer Código del Trabajo de la República, estableciendo en el título I del Libro II de dicho Código la obligación del empleador de proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, misma norma establecida en el actual artículo 184 del Código del Trabajo.⁸¹ Hasta el momento el fundamento de la responsabilidad no había sido alterado, siendo la teoría del riesgo profesional aún dominante, pues el Código del Trabajo de 1931 contenía en sí, las disposiciones de la Ley N° 4.055, de 1924.

⁸⁰ Ramón Domínguez Águila, «Los accidentes del Trabajo, Historia y visión general de su régimen actual», En María Sara Rodríguez Pinto y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Universidad de los Andes: Cuadernos de Extensión Jurídica n° 20, 2011), 23-24.

⁸¹ Domínguez, *Los accidentes...*, 26.

Más tarde, con la dictación de la Ley N° 16.744 en 1968, se fundó un sistema de responsabilidad por accidentes del trabajo por culpa o dolo del empleador, paralelamente al seguro social que esta ley establece, inspirada en la teoría del riesgo social. La teoría de riesgo social, es aquella en virtud del cual se asume que el riesgo que causa daño, es aquella que se genera en el seno de la misma sociedad, y es producto de la actividad espontánea que se genera en su interior, por lo tanto, la sociedad, a través del Estado, es la responsable de asumir los daños acaecidos en virtud de dichos riesgos.⁸² En virtud de ello, en el caso de la actividad empresarial que genera daño en los trabajadores, en modo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se crea un seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que establece un régimen de seguridad social por dichos infortunios, basados exclusivamente en la relación de causalidad entre el daño producido y la actividad laboral desempeñaba. Sin embargo, como señalábamos, dicho sistema es paralelo a un sistema de responsabilidad del empleador basado en la culpa o dolo de éste.⁸³ Ahora bien, no obstante que la responsabilidad del empleador está basada en un sistema de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa), la jurisprudencia tendería a subvertir esta situación. En palabras de Ramón Domínguez Águila «en pocos ámbitos como éste se da la transformación de la regla legal por vía jurisprudencial, y se hace muy real el conocido brocardo según el cual “la ley reina pero la jurisprudencia gobierna”»⁸⁴ En efecto, según este autor, si bien se asume que el empleador responde por culpa, la jurisprudencia solo exonera al empleador de dicha culpa, «a través de la prueba [...] de la causa extraña: culpa exclusiva de la víctima [...] o parcial y caso fortuito o fuerza mayor».⁸⁵ De esa manera, se fundamenta legalmente una responsabilidad basada en la culpa, pero en la práctica se exige un resultado, una eficacia, lo que lo acerca a un régimen de responsabilidad objetiva, tal como en las antiguas legislaciones (Leyes N° 3.170, de 1916 y 4.055 de 1924) que estaban

⁸² Saúl Uribe García, «La responsabilidad por riesgo», *Ratio Juris*, 39. Disponible en «file:///C:/Users/Pavilion/Downloads/297-1516-1-PB.pdf»; «El daño proveniente del llamado riesgo social tiene su génesis en la misma sociedad, así se desconozca el autor, pero el estado, por razones de solidaridad e igualdad, entra a asumir en todo o en parte la reparación de ese daño. Obvio que no se trata de todos los daño padecidos. El ser humano por naturaleza es desigual, pero ante la estructura organizativa estatal y en el plano de los derechos y deberes, el ser humano es igual, o al menos ese es el ideal de todo estado social y democrático de todo estado de derecho. Se pasa así de una justicia conmutativa a una justicia distributiva».

⁸³ Sobre la suplementariedad o complementariedad de ambos sistemas, ver Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social...*, 206 -215.

⁸⁴ Domínguez, *Los accidentes...* 28.

⁸⁵ Domínguez, *Los accidentes...* 31.

basadas en la teoría del riesgo profesional. En el mismo sentido se expresa Alfredo Sierra Herrero; «la jurisprudencia chilena ha ido perfilando una responsabilidad por accidentes del trabajo crecientemente objetiva, lo cual siguiendo a Baraona no nos parece acertado, pues la acción que contempla el art. 69 LAT exige la concurrencia de “culpa o dolo”, cuestión que confirma que se trata de un tipo de imputación subjetiva».⁸⁶

En lo que sigue, veremos cómo en la jurisprudencia actual se ha mantenido esta tensión entre responsabilidad basada en culpa y responsabilidad objetiva, pero metafóricamente circunscrita al tipo de culpa de la que responde el empleador.

6. Responsabilidad por culpa. ¿Obligación de medios o de resultado?

La redacción del artículo 184 del Código del Trabajo parece contribuir a interpretaciones equívocas en torno a si la obligación de seguridad del empleador es, a los efectos de la responsabilidad civil, un *deber de medios* o un *deber de resultado*. Para Rozo Sordini; «la diferencia entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado es una diferencia entre dos objetos de la prestación. Precisamente, en las primeras la prestación debida prescinde de un particular resultado positivo de la actividad del deudor, y el deudor cumple con la obligación si ejerce de la manera debida la actividad que le corresponde. Al contrario, en las segundas lo que es debido es el resultado, y para cumplir exactamente la obligación el deudor debe realizar dicho resultado. Si el resultado no se realiza la obligación se considera incumplida, aunque el deudor se haya comportado diligentemente. Esto significa que la prueba del comportamiento diligencia no es prueba del cumplimiento».⁸⁷

La jurisprudencia judicial,⁸⁸ así como la doctrina civilista más autorizada tienden a sostener que se trataría si no de una obligación de resultado, de una obligación de medios sujeta a

⁸⁶ Alfredo Sierra Herrero, «La responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores. Enfoque jurisprudencial». En María Sara Rodríguez Pinto y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Universidad de los Andes: Cuadernos de Extensión Jurídica n° 20, 2011), 44.

⁸⁷ Paolo Emanuele Rozo Sordini, «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano», *Revista de Derecho Privado* 4 (1998/1999): 139.

⁸⁸ Ver por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 284-2015, de 22 de diciembre de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 661-2015, de 21 de agosto de 2015; Juzgado de Letras del Trabajo de San

los más altos estándares en cuanto a la exigencia de debido cuidado, que termina asimilándose, finalmente, a una obligación de resultado.⁸⁹ ⁹⁰ Ello es así por cuanto históricamente se ha aplicado al tratamiento doctrinario de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la teoría del riesgo profesional,⁹¹ en virtud del cual se atribuye de manera estricta a la empresa el daño ocasionado, al ser técnicamente imposible determinar culpas al interior de una organización compleja, y en la cual la relación de causalidad específica entre el daño y el incumplimiento del deber de cuidado es muy difícil de determinar. Por lo tanto, el riesgo creado por la empresa debía ser atribuible objetivamente a la empresa, omitiendo la determinación del deber de cuidado infringido.

Así entonces, la teoría del riesgo profesional se traslada incluso al ámbito de los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, suponiendo que da lugar a responsabilidad de manera estricta, en caso de que se produzcan dichos infortunios, sin efectuar el análisis específico del incumplimiento del deber de cuidado que dio lugar a ese daño. Por lo tanto, en la teoría del riesgo profesional, obviamente, no hay determinación de la culpa del agente.⁹² Ahora bien, esta no es la visión que la doctrina y la jurisprudencia actual han

Miguel, rol O-40-2015, de 27 de marzo de 2015; Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, rol O-270-2014; de 11 de julio de 2014; Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 40-2011; de 13 de junio de 2011.

⁸⁹ Barros, *Tratado...*, 92; «Con todo, resulta razonable que la jurisprudencia discrimine entre diversos tipos de casos. Hay situaciones en que es razonable entender los deberes de cuidado a la manera de las obligaciones de seguridad de resultado, caso en el cual la excusa del mero error de conducta debe ser rechazado. A ese efecto suelen conducir las presunciones de culpa por el hecho propio, por el hecho ajeno, la responsabilidad del empresario por daños sufridos por los trabajadores, y la de los profesionales proyectistas de una construcción según Ley de Urbanismo y Construcciones».

⁹⁰ Por otro lado, aquellos que sin sostener la tesis, constatan la existencia de la misma; Domínguez, *Los accidentados...*, 32. En el mismo sentido; María Sara Rodríguez Pinto (2011). «Las tendencias en daño moral por muerte o lesión corporal en la jurisprudencia civil y laboral». En María Sara Rodríguez Pinto y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Universidad de los Andes: Cuadernos de Extensión Jurídica n° 20), 83.

⁹¹ Giuseppe Ludovico, «Orígen y Evolución del Seguro Obligatorio de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en Italia», *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 17 (2017): 15; «La teoría del riesgo profesional fue concebida con la finalidad de introducir no sólo una hipótesis de responsabilidad objetiva compatible con las reglas establecidas en el código civil respecto a la *locatio conducto operarium*, sino también establecer el deber de aseguración del empleador a fin de garantizar el correspondiente y debido resarcimiento al trabajador [...]. En una concepción inicial, tanto la responsabilidad objetiva como la aseguración obligatoria constituían partes esenciales de un único diseño reformador».

⁹² Miquel Martín-Casals (coordinador), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. (Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2008), 109. «La culpa es el criterio de imputación que se aplica cuando el daño se ha causado por una conducta de la propia persona. Este elemento la distingue de nuevo de la responsabilidad objetiva en la que lo relevante no es un comportamiento individual, sino el riesgo inherente a una cierta actividad como tal, incluso cuando, claro está, el riesgo deriva de una actividad ejercida por seres humanos. El vínculo entre el riesgo y la persona responsable no se establece, sin embargo, sobre la base de la

seguido al respecto, sino más bien la contraria, la responsabilidad por culpa, aunque la teoría del riesgo profesional sigue estando implícita de alguna manera, difuminando en la práctica la diferencia real entre un tipo de responsabilidad por culpa y un tipo de responsabilidad objetiva por riesgo creado.

En efecto, siguiendo a Enrique Barros, a diferencia del régimen de seguro de accidentes y enfermedades, la responsabilidad civil tiene por antecedente la culpa del empleador y no una obligación de garantía que dé lugar a responsabilidad por el solo hecho de producirse el daño en la esfera de cuidado del empleador, lo que funcionalmente equivale a una responsabilidad estricta contractual; de hecho, esta función de garantía es cumplida por el seguro de accidentes del trabajo, en su calidad de seguro de daños ocurridos con ocasión de la relación laboral, y cuyas prestaciones se devengan con independencia de la conducta del empleador. Agrega que las obligaciones de seguridad, a diferencia de las obligaciones de garantía, no tienen por objeto asegurar que el acreedor quedará indemne de todo daño, sino establecen un deber de cuidado que debe ser apreciado según las circunstancias⁹³.

Cierta jurisprudencia pareciera inclinarse por calificar esta obligación de seguridad como una obligación de medios. Así por ejemplo en las causas «Morales Guzmán, Danny contra Automática y Regulación S.A.», Rol N°3495-2010, Corte Suprema, 18 de octubre de 2010;

inmediata conducta (causante del daño) de esta persona, sino en atención al control económico y organizativo que tenía sobre la actividad creadora del riesgo».

⁹³Barros, *Tratado...*, 704-705. En el mismo sentido Fernando Hinestrosa, «Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones», *Revista de Derecho Privado* 36 (2019), 12-13, «Obligaciones de garantía son aquellas en las cuales el deudor no solamente se compromete a la obtención de un resultado concreto favorable o benéfico para el acreedor, constitutivo del interés de este, sino que asume toda clase de riesgos o algunos determinados, ora por disposición legal, ora por estipulación particular. Son, pues, una variedad de las obligaciones de resultado, en la cual el deber del deudor es más estricto y el campo de su responsabilidad se amplía hasta abarcar el riesgo». Por otro lado «Obligaciones de seguridad son aquellas en las cuales el interés del acreedor consiste en una tranquilidad o seguridad, que el deudor le presta asumiendo determinados riesgos o, mejor, en todo o en parte determinadas consecuencias adversas de determinados riesgos».

⁹⁴ y «Álvarez Astete, Erwin contra Sociedad Comercial y Constructora Lomas Limitada», Rol 158-2010, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de septiembre de 2010;⁹⁵

Ya señalamos que el deber de seguridad a nivel legal se regula fundamentalmente en el Artículo 184 del Código del Trabajo, con conceptos jurídicamente indeterminados que pueden confundir al intérprete, en cuanto se exige protección *eficaz*, condiciones *adecuadas* e implementos de seguridad *necesarios* para prevenir los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Sin embargo, hemos también precisado que estos conceptos han de ser entendidos en función de la finalidad para la cual fueron establecidos, esto es, que el empleador se ocupe de los riesgos que genera su actividad, los que estén bajo su control al decir de la OIT, lo que se traduce en el cumplimiento de las normas técnicas que lo rigen en materia de prevención de riesgos laborales.

De esta forma, no es correcta la afirmación de que el Artículo 184 del Código del Trabajo consagre una obligación de resultado, más aun con el claro tenor del artículo 69 literal b) de la Ley N°16.744, que permite accionar en contra del empleador por los daños que genere un accidente del trabajo o enfermedad profesional conforme a un estatuto de responsabilidad por culpa.

Sin embargo, si bien esta afirmación es en general correcta, el tratamiento de la jurisprudencia judicial tiende oscurecer el hecho de que el régimen de responsabilidad por accidentes del trabajo responda a un régimen de responsabilidad por culpa, exigiendo al

⁹⁴ «La responsabilidad civil del contratante a quien la ley asigna la aludida carga, se sustenta claramente en la culpa del mismo en relación a la esfera de cuidado de la seguridad e integridad física y síquica del trabajador, cuya observancia debe ser analizada y declarada de acuerdo a las circunstancias de cada caso, por cuanto la severidad de las expresiones que contiene el precepto, a saber, "todas las medidas" o "eficazmente", en ningún caso traducen una obligación de garantía que asegure la indemnidad frente a todo daño, como sí lo hace el régimen de seguro social de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales contenido en la ley N°16.744».

⁹⁵ «Para que pueda resultar aplicable la ley N° 16.744 es esencial que se acredite en la especie la existencia de un accidente del trabajo o enfermedad profesional y aun en este caso, debe considerarse que no todo hecho acontecido en el lugar de trabajo implica la existencia de responsabilidad por parte del empleador, pues no se ha contemplado una responsabilidad objetiva en tal sentido; por el contrario, el factor de imputación seguido en nuestra legislación es de carácter subjetivo y descansa en la existencia de culpa o dolo por parte de la entidad empleadora, como lo indica textualmente el artículo 69 de la ley N° 16.744. Por otra parte, el artículo 184 del Código del Trabajo impone al empleador la obligación de cuidar eficazmente la vida y salud de sus trabajadores, obligación que ha sido calificada como una obligación de medios, lo que lleva a concluir que el empleador no ha contraído la obligación de garantizar la no concurrencia absoluta de accidentes en el lugar de trabajo, sino de procurar por todos los medios posibles que éstos sean evitados».

empleador un resultado respecto de su obligación de «proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores».

En efecto, ya sabemos que dado que el empleador tiene una responsabilidad contractual en orden a proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, el incumplimiento de dicho deber de seguridad se presume culpable conforme a las normas generales del artículo 1547, inciso tercero, del Código Civil.⁹⁶ Esto es pacífico ya en la jurisprudencia judicial, así por ejemplo la Excma. Corte Suprema en el fallo rol 7237-2015, de fecha 28 de septiembre de 2016, señala en su considerando décimo;

«Que, como ha señalado este tribunal, el artículo 184 del Código del Trabajo consagra una norma central en la estructuración de las relaciones laborales, puesto que obliga a los empleadores a "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales".

Dicha norma impone un alto estándar de cuidado para el empleador, desde que le obliga a proteger "eficazmente" la vida y la salud de los trabajadores, lo que significa tomar medidas que tengan la capacidad de lograr dicho efecto protector. En ese contexto, se ha entendido que frente a un accidente del trabajo es el empleador quien tiene la carga de demostrar que adoptó todas las medidas que se prevenían como necesarias para tal fin, las que dependerán de la situación concreta de los servicios que presta el trabajador y de los riesgos a que está expuesto con su labor. Así, su responsabilidad se acrecienta en la medida que es mayor el riesgo que las faenas imponen al trabajador.»⁹⁷

⁹⁶ Sergio Urrejola Santa María, «El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil», *Revista Chilena de Derecho Privado* 17 (2011): 36: «Para la doctrina nacional, Andrés Bello no sólo estableció en el artículo 1547 del CC, un sistema de responsabilidad subjetiva sino que, también, distribuyó la carga procesal de la prueba al presumir la culpa del empleador».

⁹⁷ Esta línea jurisprudencial es pacífica actualmente en la jurisprudencia judicial, pudiendo también citar además los fallos rol O-3388-2017, de 02 de noviembre de 2017 del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, la causa rol O-1100-2017, de 23 de noviembre de 2017, del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, causa rol n° 6885 2017, de 28 de noviembre de 2017, de la Excma. Corte Suprema; rol n° 97754-2016, de 22 de noviembre de 2017 de la Excma. Corte Suprema, causa rol 246-2017, de 22 de septiembre de

Por lo tanto, hemos establecido que el empleador responde por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de acuerdo a un régimen de responsabilidad por culpa, y el incumplimiento del deber de cuidado se presume culpable en función del artículo 1547 del Código Civil.⁹⁸ Luego, conforme a la cita jurisprudencial ilustrativa anterior, al empleador le corresponde la prueba de la debida diligencia, ahora bien, ¿qué estándar de debida diligencia debe el empleador probar? De acuerdo a las reglas generales establecidas en el artículo 44 del Código Civil, responde hasta la culpa leve, por tratarse de un tipo de contrato típicamente oneroso, que busca la utilidad recíproca de ambas partes. Así, el artículo 44 del Código Civil señala; «El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio».

De acuerdo a la irrestricta lógica del derecho civil, el empleador, al estar involucrado en un contrato bilateral de tipo oneroso, esto es, con miras al beneficio recíproco de ambas partes, debiera responder de *culpa leve* respecto del daño producido en el contexto de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha tomado un camino diferente, creando una excepción implícita en el caso del contrato de trabajo.⁹⁹ Así lo ha notado la doctrina civilista especializada, en particular José Luis Diez Schwerter señala;

«Así, se estimó que es la jurisprudencia laboral la competente para conocer las acciones indemnizatorias deducidas por el trabajador directamente afectado, ventilándose normalmente sus acciones a través del juicio ordinario del trabajo,

2017 de la Corte de Apelaciones de Concepción; causa rol 95182-2016, de 14 de agosto de 2017 de la Excm. Corte Suprema, causa rol 378-2016, de 01 de julio de 2016, de la Corte de Apelaciones de Concepción.

⁹⁸ Urrejola, «El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil», 36.

⁹⁹ La doctrina laboralista se encontraría de acuerdo con dicha tendencia jurisprudencial; Ver Patricia Fuenzalida Martínez, «Sistema de protección frente a los riesgos laborales en el derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 13 (2016): 141; «Ahora bien, supuesto que las partes de la relación laboral se encuentran unidas por un contrato que reporta beneficios recíprocos par ambas partes, y no sólo a una de ellas, de conformidad al artículo 1547 del mismo cuerpo legal, en principio, debiéramos considerar que el empleador es responsable de culpa leve, sin embargo, ello no es así. Como señaláramos previamente, dada la especial relación existente entre las partes que celebran un contrato de trabajo y atendido que el trabajador pone toda su persona a disposición del empleador, el legislador ha suplido la voluntad de las partes, el deber de seguridad corresponde a ese tipo de obligaciones, deber que consagra una obligación que, según analizáramos previamente, va mucho más allá el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios».

invirtiéndose allí el peso de la prueba de la culpa, al entenderse que la sola ocurrencia del accidente del trabajo o enfermedad profesional implica incumplimiento al deber de protección u obligación de seguridad, incumplimiento que a su vez se presume culpable atendido lo dispuesto en el artículo 1547, inciso 3°, del Código Civil, por lo que sería carga del empleador demandado, presunto responsable, comprobar la justificación de su conducta, justificar la causal de irresponsabilidad que invoque a su favor (ya sea por ausencia de culpa o por haber ocurrido una causa extraña), **entendiéndose mayoritariamente que responderá hasta de la culpa levísima en el cumplimiento el deber de protección u obligación de seguridad**, exigible a su respecto en base a lo preceptuado en el artículo 184 CT. y una frondosa normativa de diversa jerarquía que lo concreta y complementa.» (el destacado es mío).^{100 101}

Así entonces, es la redacción del artículo 184 del Código del Trabajo el que abona a la tesis de la exigencia del estándar de culpa levísima del Código Civil, el articulado mencionado señala; «[e]l empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores». Eficazmente implica, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española; la «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera». Por lo tanto, al pedirle eficacia al empleador, se pide un resultado, y en orden a cumplir este mandato de eficacia el empleador debe cumplir el más alto estándar de debido cuidado, cual es la culpa levísima. De acuerdo al artículo 44 inciso quinto del Código Civil; «Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado».

Por lo tanto en el caso de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el empleador debe probar que ha actuado con la esmerada diligencia que un hombre juicioso

¹⁰⁰ José Luis Diez Schwerter. «Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales», *Revista de Derecho*, XXXI (2008): 165-166. Misma constatación ha hecho Jorge Baraona González, «La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas», 170.

¹⁰¹ Esta tesis se encuentra respaldada por la jurisprudencia judicial, así por ejemplo en la causa rol 661-2015, de 21 de agosto de 2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol 112-2015, de 15 de mayo de 2015 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, causa rol O-40-2015, de 27 de marzo de 2015 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel, causa O-270-2014, de 11 de julio de 2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, causa rol O-1001-2013, de 28 de febrero de 2014, del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, entre otros.

emplea en sus negocios importantes, alto estándar exigible al empleador, y de difícil prueba, puesto que no sólo se trata del cumplimiento de un exigente estándar de debido cuidado, sino también convencer que en tales circunstancias no se pudo lograr la eficacia querida por el legislador en orden a proteger la vida y la salud de los trabajadores. En definitiva, la jurisprudencia judicial nunca admite que se trata de una obligación de resultado, pero al exigir el estándar de culpa levísima, haciendo hincapié en que el legislador ha exigido eficacia, la convierte virtualmente en una obligación de resultado.

Al efecto, el tratadista Enrique Barros señala que en el régimen de responsabilidad por culpa, se exige, en función de las circunstancias, un resultado en la conducta debida desplegada por el agente. Así, señala explícitamente que;

«Con todo, resulta razonable que la jurisprudencia discrimine entre diversos tipos de casos. Hay situaciones en que es razonable entender los deberes de cuidado a la manera de las obligaciones de seguridad de resultado, caso en el cual la excusa del mero error de conducta debe ser rechazado. A ese efecto suelen conducir las presunciones de culpa por el hecho propio, por el hecho ajeno, *la responsabilidad del empresario por daños sufridos por los trabajadores*, y la de los profesionales proyectistas de una construcción según Ley de Urbanismo y Construcciones». ¹⁰²

Finalmente, tanto la jurisprudencia judicial como la doctrina civilista mayoritaria en Chile exigen un resultado en la conducta desplegada por el empleador, lo que la convierte virtualmente en un tipo de obligación objetiva o estricta. En consecuencia, pareciera ser que a pesar de estar de acuerdo formalmente la doctrina y jurisprudencia en relación al tipo de responsabilidad por culpa que le cabe al empleador, termina en la práctica por fundamentar un tipo de responsabilidad objetiva, que tiene reminiscencias a la antigua teoría de la responsabilidad por riesgo profesional, la cual da sustento teórico a un tipo de responsabilidad sin culpa por parte del empleador.

Tal como señalamos al comienzo de este acápite, la teoría del riesgo profesional, y en definitiva, cualquier tipo de responsabilidad estricta en que se exija un resultado, como en el caso de la interpretación jurisprudencial del artículo 184 del Código del Trabajo, tiene

¹⁰² Barros, *Tratado...*, 92.

por objetivo resolver un problema de tipo probatorio,¹⁰³ pues la complejidad del entramado administrativo llevado a cabo por la empresa, hacen muy difícil a la víctima del daño poder probar el incumplimiento, y por esa razón, se hace objetivamente responsable a la empresa por el daño causado, y en segundo lugar, exigir una obligación de resultado tiene un componente disuasivo,¹⁰⁴ destinado a hacer que la empresa maneje de manera cada vez más eficaz los riesgos generados por su actividad. Sin embargo, ninguno de los fundamentos parece justificar a cabalidad la existencia de un resultado en la acción, salvo, claro está, en aquellas actividades que son reconocida y excepcionalmente peligrosas, sobre todo si generan más probabilidad de riesgo que de beneficio para la población. Pero salvo ese caso excepcional, no parece justificarse que se exija en general un tipo de responsabilidad estricta, objetiva por riesgo, o una en que teóricamente es responsabilidad por culpa, pero que se exige un resultado de mantener indemne a los trabajadores.

El primer fundamento, relativo a la dificultad probatoria de la víctima, parece resolverse con la inversión de la carga de la prueba, con la que ya cuenta la legislación de acuerdo al artículo 1547 inciso tercero del Código Civil.¹⁰⁵ La inversión de la carga de la prueba es una de las principales críticas realizadas al fundamento de la responsabilidad orientada al resultado, pues bastaría con invertir la carga de la prueba,¹⁰⁶ e invirtiéndola, no existiría ninguna necesidad de que la responsabilidad fuera objetiva, pues quedaría el empresario con la carga de probar la conducta debida de acuerdo a un estándar de culpa leve, sin que la víctima sufra al respecto ninguna dificultad probatoria.

El mejor fundamento para un régimen de responsabilidad estricta, por riesgo, o responsabilidad por culpa pero orientada al resultado, como parece entenderlo la

¹⁰³ Lubomira Kubica, *El riesgo...*, 105.

¹⁰⁴ Rosenkratz, «El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación». 60.

¹⁰⁵ Urrejola, «El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil», 36.

¹⁰⁶ Lubomira, *El Riesgo...*, 105-106; «la viabilidad de la dificultad probatoria estructural como fundamento de la responsabilidad objetiva, ha sido cuestionada, sin embargo, por algunos autores extranjeros, señalándose que existen otras herramientas que sin falta alguna pueden facilitar a los perjudicados un medio idóneo para recuperar los daños ocasionados. Entre estos se menciona sobre todo la inversión de la carga de la prueba» «En este trabajo se comparte la opinión de la doctrina germánica de que el empleo de la responsabilidad objetiva para combatir las dificultades probatorias de las víctimas parece ser un remedio dudoso y excesivo, insuficiente por sí sólo como fundamento de tal régimen de responsabilidad debido a que conlleva la posibilidad de que el demandado responda por los daños que se produjeron sin su culpa».

jurisprudencia judicial chilena,¹⁰⁷ es el carácter disuasivo respecto del empresario, que lo llevará a tomar en serio los riesgos, gestionarlos, y evitarlos, pero, tal como señalábamos más arriba, al carecer de una institucionalidad adecuada que fomente y permita adelantarse a los riesgos, crear instrumentos adecuados para combatirlos, proceso en el cual estén involucrados todos los actores, tanto empresarios como trabajadores, el supuesto efecto disuasivo de la responsabilidad orientada al resultado, no tiene forma real de canalización. Además, si el empleador no llega al resultado exigido, será condenado por su responsabilidad en cualquier caso y sin matices de ninguna naturaleza. En tal contexto, no existiría ningún incentivo para que el empresario tome todas las medidas de seguridad, pues en último término, siempre habrá un riesgo que cause daño y por el cual será condenado. Por esa razón, el empresario tenderá a asegurar el costo económico de los daños producidos, aligerando la carga de la prevención de los riesgos laborales, con todo el detrimento que eso implica para la posición de los trabajadores y la necesidad de protección.

7. El papel de los organismos administrativos

En materia de prevención de riesgos laborales, existe un contundente aparato administrativo destinado a fiscalizar el cumplimiento de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales. En primer lugar, las respectivas inspecciones del trabajo, las cuales de acuerdo al artículo 505 del Código del Trabajo y artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, tienen la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral, en particular las leyes N° 16.744, de 1968, el Decreto Supremo N° 594, de 1968, que Aprueba Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo, el Decreto Supremo N° 40, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que aprueba reglamento sobre prevención de riesgos laborales, entre otros.

¹⁰⁷ Tendencia jurisprudencial que ha sido apuntada por la doctrina, según hemos señalado; Sierra Herrero, «La responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores. Enfoque jurisprudencial», 44; Domínguez, *Los accidentes...* 28; Diez Schwerter. «Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales», 165-166. Baraona González, «La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas», 170.

Por otro lado, otro organismo fiscalizador en materia de riesgos laborales, está en las distintas Secretarías Regionales Ministeriales, que dependen del Ministerio de Salud, todo ello según el artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, artículos 33 y siguientes del Decreto N° 136, de 2004, Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud y el artículo 14 b de la Ley N° 19.937. La normativa cuyo cumplimiento se debe fiscalizar la constituye el Código Sanitario, así como las leyes y reglamentos complementarios al Código Sanitario.

También podemos mencionar la Superintendencia de Seguridad Social, que al igual que la Dirección del Trabajo, debe fiscalizar el cumplimiento de la Ley N° 16.744, Decreto N° 594 y Decreto N° 40 ya mencionados. Todo ello según las facultades establecidas en la Ley N° 16.395, de 1966, que Fija el Texto Refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Superintendencia de Seguridad Social.

Por último, se encuentra el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN), que según el artículo 2 N° 8 del Decreto Ley N° 3.525, que crea el servicio, «[c]orresponderá al Servicio Nacional de Geología y Minería: 8. Velar porque se cumplan los reglamentos de policía y seguridad minera y aplicar las sanciones respectivas a sus infractores; proponer la dictación de normas que tiendan a mejorar las condiciones de seguridad en las actividades mineras de acuerdo con los avances técnicos y científicos; y requerir información sobre los programas y cursos de capacitación e informar a los trabajadores que se desempeñan en la industria extractiva».

El papel de dichos organismos administrativos dice relación con la fiscalización tanto de las normas preventivas vigentes, por ejemplo, la regulación del derecho a saber, la constitución de un comité paritario de higiene y seguridad y la constitución del departamento de prevención de riesgos.

Es característica de la normativa sobre higiene y seguridad, su tendencia a una autogestión incipiente en la materia por parte de los empresarios, con participación de los trabajadores. En primer lugar, los comités paritarios de higiene y seguridad están constituidos por representantes tanto del empleador como de los trabajadores, destinados a implementar las medidas destinadas al cumplimiento de la legislación laboral y fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad. La misma función cumple el departamento de

prevención de riesgos, pero a cargo de un prevencionista de riesgos, respecto de aquellas empresas que empleen a más de cien trabajadores.

Así entonces, a las entidades administrativas mencionadas les corresponde la fiscalización del cumplimiento de las normas sobre derecho a saber, la constitución de comité paritario y del departamento de prevención de riesgos.

La fiscalización administrativa es importante pero no es suficiente en materia de prevención de riesgos laborales, puesto que, lo mismo que las normas sobre responsabilidad civil que actúan ex –post al daño producido por un riesgo que no se previó, la fiscalización administrativa también actúa ex post generando sanciones en caso de incumplimiento de las normas destinadas a la prevención. Si bien hay una normativa básica de prevención, constituida por la obligatoriedad de la constitución de los comités paritarios de higiene y seguridad y departamento de prevención de riesgos, estos instrumentos de prevención no han sido suficientes para generar una real política de prevención, que sea eficiente en la identificación, tratamiento y progresiva eliminación de los riesgos laborales, primero porque los comités paritarios no tienen suficiente poder ni conocimiento para implementar medidas eficientes de seguridad y fiscalizar su cumplimiento constantemente -solo recomiendan-¹⁰⁸, y en el caso de los departamentos de prevención de riesgos, si bien el prevencionista de riesgos tiene la competencia técnica para implementar medidas de seguridad adecuadas, la decisión final es del empleador, sin estar involucrado activamente en el proceso de identificación, tratamiento y progresiva eliminación de los riesgos.¹⁰⁹ Por esa razón, la proactividad preventiva de trabajadores y empresarios no es una característica del sistema de gestión de riesgos en Chile, no quedando más alternativa que la exigencia de

¹⁰⁸ La organización y funcionamiento del Comité Paritario de Higiene y Seguridad, se encuentra regulado en el Decreto Supremo N° 54, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1969, que aprueba Reglamento para la constitución y funcionamiento de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. Sus funciones se encuentran establecidas en el artículo 66 de la Ley N° 16.744, de 1968, del Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹⁰⁹ Ver Decreto Supremo N° 40, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 1969, que aprueba reglamento sobre prevención de riesgos profesionales. En su artículo 8 inciso segundo señala que; « Toda empresa que ocupe más de 100 trabajadores deberá contar con un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales, dirigido por un experto en la materia. La organización de este Departamento dependerá del tamaño de la empresa y la importancia de los riesgos, pero deberá contar con los medios y el personal necesario para asesorar y desarrollar las siguientes acciones mínimas: reconocimiento y evaluación de riesgos de accidentes y enfermedades profesionales, control de riesgos en el ambiente o medios de trabajo, acción educativa de prevención de riesgos y promoción de la capacitación y adiestramiento de los trabajadores, registro de información y evaluación estadística de resultados, asesoramiento técnico a los comités paritarios, supervisores y líneas de administración técnica».

un estándar de cumplimiento normativo a posteriori, constituido por una enorme cantidad de leyes y reglamentos muy difíciles de conocer a cabalidad, y cuyo incumplimiento por parte del empleador, es más que probable.¹¹⁰

7.1 El problema de la sanción administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados

El «deber de seguridad del empleador», en tanto concepto jurídico indeterminado que es, afecta también la labor interpretativa de los organismos administrativos llamados a velar por el cumplimiento de dichos «deberes de seguridad», complementado por numerosos y extensos reglamentos sobre seguridad e higiene, oficios, circulares, dictámenes y todo otro documento administrativo destinado a complementar e interpretar el mandato genérico del artículo 184 del Código del Trabajo. Esto acarrea una serie de problemas de ciencia jurídica, cuya solución no puede ser otorgada fácilmente por la ciencia constitucional y/o administrativa. En primer lugar, el mandato genérico del deber de seguridad del empleador no posee en lo absoluto un estándar mínimo de especificidad que suponga el cumplimiento del requisito de *tipicidad* exigido a los tipos penales, lo que aumenta el grado de incertidumbre del empleador en orden a determinar qué tipos de conductas se encuentran prohibidas, dependiendo del criterio del organismo administrativo para interpretar y aplicar la norma al caso concreto en función de dicha interpretación.

Esto nos abre un flanco, el relativo al clásico principio de separación de poderes y de debido proceso. En nuestra Constitución Política de la República, el artículo 76 señala que; «La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley». En este otro contexto, un organismo administrativo *conoce* el caso, decide que la norma ha sido infringida, *resolviendo* de acuerdo a la interpretación que dicho organismo administrativo efectúa de la norma, y *ejecuta* lo juzgado imponiendo una multa, todo ello siendo un organismo administrativo, no un tribunal. Por lo tanto, muchos autores han

¹¹⁰ Lo que supone un problema de legitimidad social para el sistema de seguridad social; Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social...*, 182; «Esta perspectiva nos conduce al enjuiciamiento de la Seguridad Social bajo un criterio de “legitimidad social” basado en su eficacia preventiva».

reaccionado a ello en función de la perfecta omisión que hace del artículo 76 de la Constitución Política de la República, que al mismo tiempo que establece el clásico principio de separación de poderes, establece uno de los principios ya no del derecho constitucional o administrativo, sino aquel principio que constituye la razón misma de ser del derecho en general, el cual es la «proscripción de la autotutela».¹¹¹ Así, si un organismo administrativo establece cual es la conducta debida, sea porque interpreta un concepto jurídico indeterminado o derechamente dicta un reglamento de ejecución imponiendo deberes y sanciones, decide que tal o cual persona natural o jurídica ha incumplido dichos deberes e impone una sanción por dicho incumplimiento, sería, en principio, un caso de autotutela, específicamente, lo que la doctrina administrativista llama «autotutela administrativa». En nuestro país, uno de los autores que más se ha identificado con esta posición es Eduardo Soto Kloss.¹¹²

Sin duda, nos encontramos ante una posición filosófica liberal que desconfía abiertamente de la presencia del Estado en la regulación de los aspectos más detallados de la actividad económica y privada en general, usando los argumentos jurídico-constitucionales disponibles para hacer frente a una realidad regulatoria desbordante, que ha sido llamada por algunos autores, como «elefantiasis de las potestades sancionadoras de la administración»¹¹³. Ahora bien, bastaría con desarrollar y profundizar en esta tesis, y plantear derechamente que la autotutela administrativa se encuentra proscriba, y omitir por lo tanto cualquier consideración relativa al carácter de concepto jurídico indeterminado del deber de seguridad del empleador, pues no habría organismo administrativo constitucionalmente facultado para interpretar dicha norma.

¹¹¹ Lo que nos hace retroceder hasta Thomas Hobbes, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1940), 147. «[...] cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la confianza de ser protegidos por ellos contra los demás. En este último caso puede hablarse de Estado político o Estado por institución» (Hobbes, 1940: 141). Por otro lado; «es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos. En efecto sin decisión de las controversias no existe protección para un súbdito contra las injurias de otro; las leyes concernientes a lo *meum* y *tuum* son en vano; y a cada hombre compete, por el apetito natural y necesario de su propia conservación, el derecho a protegerse a sí mismo con su fuerza particular, que es condición de la guerra, contraria al fin para el cual se ha instituido todo Estado».

¹¹² Eduardo Soto Kloss, «¿Es tan delgada la línea que separa fiscalizar de juzgar?», *Gaceta Jurídica*, n.º 331, Legal Publishing, 1-8.

¹¹³ Cristian Román Cordero, «Los principios de Derecho Administrativo Sancionador», *Revista de Derecho Público* 69 (2007): 24 y ss.

Pero ese no es el camino que tomaremos, en primer lugar porque no es realista, la potestad sancionadora de la administración es una realidad insoslayable, que posee además bases de política pública que la respaldan, en segundo lugar, los argumentos jurídico-constitucionales que arrojan como conclusión que la administración estaría vulnerando el artículo 76 de la Constitución Política de la República es jurídicamente discutible, y en tercer lugar, nuestra preocupación es construir herramientas de interpretación para llegar a conclusiones cada vez más razonables acerca del «deber de seguridad del empleador», herramientas que son indispensables tanto para el intérprete administrativo como el judicial.

En el ámbito del derecho del trabajo, el problema de la naturaleza de los organismos administrativos cobra particular relevancia práctica por la situación relativa a las facultades de interpretación y sanción de las entidades fiscalizadoras, pues en muchas ocasiones deben recurrir a un tipo de análisis complejo y discutible, en relación a una norma específica que establece un deber para el empleador. Muchos de estos casos han sido objeto de sendos recursos de protección, los cuales han sido fallados por los tribunales superiores de justicia de una manera variable y equívoca, reconociendo en algunos casos la facultad de interpretar las normas laborales al momento de aplicar una sanción, y otras en señalan que la entidad fiscalizadora se extralimita en las facultades legalmente otorgadas.¹¹⁴

Como decíamos, no es nuestro objeto dar solución a este problema, pues nuestra preocupación dice relación con la necesidad de promover la prevención de riesgos laborales a través de la proposición de un modelo que involucre directamente a trabajadores y empresarios, pues el sistema de control administrativo a posteriori no es una herramienta que incremente la disposición a la prevención de riesgos laborales, por parte de empresarios y trabajadores. Un modelo basado en la autogestión de los riesgos laborales puede ayudar a superar el problema de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de los entes fiscalizadores, pues la regulación heterónoma clásica sobre la que está construido

¹¹⁴ Se puede consultar jurisprudencia reciente sobre la materia; por la vía que no le reconoce facultades a la Inspección del Trabajo para interpretar normas laborales, encontramos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N° 700-2018, de 06 de abril de 2018, confirmada por la Excma. Corte Suprema mediante sentencia de 19 de junio de 2018, con voto en contra del ministro Sr. Sergio Muñoz.

También la Corte Suprema opinó en este sentido, por ejemplo en sentencia de fecha 13 de agosto de 2014, rol N° 13.332-2014,

Por otro lado, entre las sentencias que le reconocen a la Inspección del Trabajo, la facultad de interpretar las normas laborales, en un proceso de subsunción normativa que le corresponde a todo operador jurídico, encontramos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2696-2017, de 18 de julio de 2018.

el estado de derecho tradicional no ha dado respuestas eficaces. Diremos unas cuantas palabras más para trazar la relación entre ambos conjuntos de problemas.

Como señalábamos en párrafos anteriores, no es nuestro objeto sostener que la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de los organismos fiscalizadores administrativos, implica un ejercicio de usurpación de facultades jurisdiccionales. Más bien, estamos de acuerdo con la tesis que hace la distinción entre organismos jurisdiccionales en general, y organismo jurisdiccionales judiciales, señalando respecto de los primeros que tienen la posibilidad de tomar decisiones con contenido y efectos jurídicos, como un organismo administrativo u organismo privado, pero respetando las garantías generales del debido proceso, y respecto de los últimos, son aquellos que tienen la facultad de tomar decisiones con contenido y efectos jurídicos, respetando igualmente las normas de debido proceso, más un efecto particular que es privativo y exclusivo de ellos –los organismos jurisdiccionales judiciales- el efecto de cosa juzgada.¹¹⁵

En consecuencia, no es posible dejar de lado la actividad administrativa regulatoria y sancionatoria, por considerar que vulnera el mandato de exclusividad del artículo 76 de la Constitución Política de la República, y como tal se constituye en tanto «comisión especial» al juzgar y resolver un conflicto sin estar establecido como tribunal con anterioridad a la perpetración de los hechos. Pero eso no significa en caso alguno que no deban aplicarse respecto de ellos, las normas debido proceso del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en particular lo que la doctrina administrativista ha llamado «principios del derecho administrativo sancionador».

¹¹⁵ Andrés Bordalí Salamanca, *La independencia judicial en el derecho chileno* (Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010), 28; en el mismo sentido; Alicia de la Cruz Millar, *Contraloría General de la República: ¿jurisdicción contenciosa administrativa?*, (Santiago: ediciones Der, 2019), 79; «Si nos remitiéramos solamente al Derecho público positivo, la materia que nos ocupa no debiera causar ninguna controversia, ya que la Constitución Política de la República (Constitución o CPR) habla de órganos que ejercen jurisdicción, sin precisar que estos deban ser tribunales»; Bordalí reitera su tesis en Andrés Bordalí Salamanca, «La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXX* (2008): 209. También el Tribunal Constitucional se ha decantado por un concepto amplio de jurisdicción, en sentencia rol 176-1993 En sentido contrario se pronuncian; Eduardo Soto-Kloss, «La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República», en *Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*, (Santiago: Contraloría General de la República, 2014), 181-206; y Luis Cordero Vega, «La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora de día después», en *Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales* 1 (2010): 165-188.

De ellos los principios más importantes en lo que nos interesa, son los principios de legalidad y tipicidad, los cuales pueden ser reconducidos al artículo 19 N° 3, inciso séptimo, de la Constitución Política de la República; «Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella». Ahora bien, estos principios se han creado originalmente para el derecho penal, pero en las últimas décadas se han aplicado dichos principios en el ámbito de las sanciones estrictamente administrativas. Sin embargo, más de algún administrativista ha señalado que la aplicación de los principios penales de legalidad y tipicidad tendrían una aplicación estrictamente provisional, a la espera de un mejor aparato teórico que pudiera arrojar principios ordenadores en el ámbito del derecho administrativo sancionador, propios y autónomos respecto de esta área del derecho. Así, según Quintero Olivares; «La tesis más difundida entre los estudiosos del tema es la de que el derecho sancionador administrativo está utilizando o aplicando “provisionalmente” los principios penales, pero sólo a falta de unos principios propios que, antes o después, deberán construirse con los fines y función del derecho sancionador administrativo».¹¹⁶ Esta provisionalidad explica en parte los problemas que la aplicación del derecho penal al ámbito administrativo supone para los administrativistas, como luego veremos.

En relación al principio de legalidad o principio de reserva legal «[s]u objetivo fundamental es que el poder ejecutivo (Gobierno y Administraciones Públicas) no pueda dictar normas reglamentarias o actos administrativos que incidan negativamente sobre la esfera jurídica de los ciudadanos sin un previo apoderamiento legal, ya que son materias reservadas a la aprobación del órgano legislativo»¹¹⁷. Por lo tanto, la facultad de dictar normas reglamentarias o actos administrativos debe tener una fuente legal, una autorización, cosa distinta a establecer que la infracción establecida en la ley, en virtud del cual el acto administrativo aplica una sanción deba estar *completamente* establecida en la ley, ello corresponde más bien al principio de tipicidad. Según Rebollo Puig y otros «la ley tiene que definir la conducta que constituye infracción y delimitar la sanción correspondiente

¹¹⁶ Gonzalo Quintero Olivares. «La potestad sancionadora de la administración y las garantías constitucionales y penales», *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Islas Baleares* (España: 1989), 57. Disponible en «goo.gl/uQizPo».

¹¹⁷ Eduardo Cordero Quinzacara. «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XLII (2014), 410.

(exigencia de *lex certa*). De conformidad con el principio de tipicidad las leyes no pueden describir las infracciones mediante fórmulas vagas o genéricas ni convertir, sin más, en infracción cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico. Por el contrario, deben delimitar y precisar con la mayor exactitud posible la conducta que constituye infracción y determinar, también, dentro de los márgenes relativamente estrechos, la sanción correspondiente».¹¹⁸

Ahora bien, vistas las cosas desde el punto de vista de la dogmática penal no parece problemático la aplicación del principio de tipicidad sin mayores sutilezas al ámbito del derecho administrativo sancionador, sin embargo, desde el punto de vista de la dogmática administrativa, el principio de tipicidad parece ser más bien una limitación desproporcionada a la facultad de regular por la vía administrativa, sectores de la realidad social que es radicalmente importante regular, pues la exigencia de tipicidad implica prever *ad infinitum* las diferentes acciones contrarias a la regulación administrativa, que es importante sancionar, y cuya determinación puede provenir de regulaciones que poseen, irremediamente, conceptos jurídicos indeterminados o formulaciones vagas o genéricas. Por esa razón para los administrativistas; en particular para Londoño Martínez «la legalidad debería bastar en este campo, manifestada en un marco legal administrativo sancionatorio»,¹¹⁹ Ahora bien, de insistirse en la exigencia de tipicidad en el ámbito administrativo, dicha exigencia no debería ser obstáculo para la utilización de conceptos jurídicos indeterminados.¹²⁰ Así por ejemplo, Jesús María Silva Sánchez señala que «ni en

¹¹⁸ Manuel Rebollo Puig *et al.*, «Panorama del derecho administrativo sancionador en España», *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 7 (2005): 23-74. Disponible en: «goo.gl/wSjeUy».

¹¹⁹ Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», *Revista de Derecho* XXVII, n.º 2 (2014): 160.

¹²⁰ Isabel Perelló Doménech, «Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional», en *Jueces para la Democracia* 22 (1994): 77-78; «ha señalado el Tribunal de que la exigencia de que los preceptos legales o reglamentarios que tipifiquen infracciones deban definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones, o conductas sancionables, no impide la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de infracción tipificada»; en el mismo sentido Federico Marengo, «El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo», 9. Disponible en <http://bit.ly/2Ttw0hl>, «Justamente ésta es una de las cuestiones más trascendentes que enfrenta el Derecho Administrativo Sancionador: la determinación del grado de detalle que debe contener el precepto legal. La garantía de tipicidad no puede demandar que el derecho sancionador sea absolutamente preciso porque cierto margen de indeterminación en la configuración del tipo infraccional es -en ocasiones- necesario»; ver también Irene Nuño Jiménez y Francisco Puerta Seguido, «Derecho Administrativo Sancionador, Principios de la Potestad Sancionadora», 2016: 8; «la técnica de los conceptos jurídicos

todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías (...); pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas».¹²¹ En virtud de esta afirmación Londoño Martínez señala «en el plano de la tipicidad los parámetros de garantía deberían permanecer diferenciados entre una y otra rama»¹²², y para ello debe respetarse «la tradicional dicotomía *rule/standard*- el legislador penal debe procurar identificar las conductas prohibidas (tipicidad) con la medida estricta de las *rules*, mientras que en el administrativo-sancionatorio el uso de *standards* para análogos propósitos debe considerarse adecuado o suficiente».¹²³

Así, lo que diferenciaría a las *rules* de los *standards*, es que las *rules* suponen una atribución de significado previo a la acción hipotética que se pretende regular, lo cual la hace imprescindible en el ámbito del derecho penal, en que se exige certeza de manera previa al hecho que se pretende castigar. En el ámbito administrativo en cambio, primaría el *standard*, en virtud del cual se establece un criterio más amplio al intérprete –a la administración en concreto- para que pueda interpretar el contenido normativo de manera posterior al hecho hipotético que se pretende sancionar o regular. De esa manera, posee más libertad interpretativa para cumplir la finalidad administrativa que sustenta la norma en el caso concreto que se presenta.¹²⁴

De esa manera, dadas las consecuencias que tienen las sanciones en el ámbito penal, que involucran la libertad personal del sancionado, no es razonable que dichas sanciones estén basadas en conceptos abiertos y relativamente indeterminados, sino atender a las

indeterminados para la definición de infracciones administrativas es admitida por el Tribunal Constitucional - STC 62/1982- siempre que la concreción de tales conceptos sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permitan determinar con suficiente grado de certeza las conductas que se sancionan – SSTC 11/1988, 207/1990, 133/1999-. La tipificación debe tener una predicción de los efectos sancionadores con un grado de seguridad razonable – STS de 18 de julio 2006-.»

¹²¹ José María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Civitas, 2001), 149.

¹²² Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», 149.

¹²³ Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», 150-151.

¹²⁴ Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», 151; «los aplicadores penales deberían sujetarse estrictamente al (idealmente apretado) espacio que ofrecen los tipos penales, buscando identificar la correcta subsunción del hecho en la regla, sin consideraciones de sistema que vayan más allá de la adecuada solución al caso concreto. Los aplicadores de las sanciones administrativas en cambio, no siempre atados por regulaciones estrictas, deberían poder moldear la solución al caso

características de determinación precisa de las *rules*. Por lo mismo, no es razonable que el legislador penal use el caso concreto al cual aplica la regla, como una forma de dar eficacia a finalidades de mejoramiento del entorno en que se desenvuelve la persona sancionada. En cambio en el caso del ámbito administrativo, es sumamente importante que sea posible cumplir la función de mejoramiento del entorno en que participa la conducta sancionada, sea este en el ámbito económico, laboral, ambiental, entre otros, pues para ello existe el aparato administrativo. Dada esa finalidad, necesita una técnica jurídica basada en conceptos jurídicos indeterminados que ofrezca un radio de acción interpretativa que permita al órgano cumplir con la finalidad interpretativa que le ha sido asignada legalmente. Según Londoño Martínez, «[s]i (...) mediante normativa *infra*-legal, la administración desarrolla los contornos de los deberes legales cuya infracción genera sanción, entonces eso no puede verse como una vulneración de la “tipicidad administrativa”, sino, al contrario, como un esfuerzo de precisión en interés del regulado. Esto último, en la medida que la regulación *infra*-legal aparezca como “subconjunto” del “conjunto” legal, y no como una extensión defraudadora de la legalidad». ¹²⁵

Por otro lado, para el administrativista Londoño Martínez, la exigencia de tipicidad es necesaria con mayor énfasis en el derecho penal, no sólo porque las sanciones penales involucran elementos personales y vitales en su aplicación, sino también porque la presunción de conocimiento de la ley en ese ámbito, es una mera ficción, en cambio en el ámbito administrativo, los involucrados en las áreas a regular por parte de la administración, tienen más posibilidad de conocer las regulaciones a que están afectos, en particular, la normativa *infra*-legal que hace el esfuerzo por determinar aquellos conceptos jurídicos indeterminados que usan las leyes generales. ¹²⁶ En palabras del autor «Dicho en términos más plásticos: ¿puede acaso dudarse que para un ciudadano común el tipo penal – aún el más preciso y coherentemente interpretado- ofrece un escenario de menor accesibilidad cognitiva que el que para un regulado ofrece una disposición sancionatorio-administrativa, incluso si flexible y maleable en su interpretación? Al primero no se impone su estudio como condición de éxito para el desarrollo de su proyecto vital; al segundo si se

¹²⁵ Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», 164.

¹²⁶ Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», 165;

le impone -razonablemente- como condición de éxito para el desarrollo de su proyecto organizacional». ¹²⁷

Incluso, autores laboralistas se muestran favorables a una visión de la tipicidad, que tienda hacia una mayor flexibilidad en la interpretación de las normas y en la posibilidad de reconducir hipótesis de hecho, no prevista originalmente, a la norma interpretada. Así, Raúl Fernández Toledo señala respecto del poder disciplinario del empleador;

«Es así, que se sostiene que el poder disciplinario, por su propia naturaleza, requiere de flexibilidad. Esto porque si el empleador tiene la facultad de dirección, correspondiéndole en virtud de la misma organización productiva de la actividad empresarial, no puede privársele de la posibilidad de valorar cuando una conducta atenta contra el orden de la organización, la que debe calificarse con cierta elasticidad y, a eso conduce, precisamente, la tipificación interna de las conductas sancionables. De exigirse una tipificación rígida de las obligaciones y prohibiciones laborales se corre el riesgo que el poder disciplinario quede privado de su vitalidad». ¹²⁸

En definitiva, lo que se exige de la flexibilidad en la aplicación del requisito de la tipicidad, es que el intérprete no quede atrapado en la formulación lingüística de las normas, y pueda aplicar dichas disposiciones a hechos que si bien no quedan reconducidos al tenor literal de la norma, puedan ser reconducidos a su intención. De esa manera, se mantiene la vitalidad del poder disciplinario, al procurar flexibilidad a éste en un escenario de normas de formulación rígida y de realidad siempre cambiante.

Por lo tanto, para la dogmática administrativa citada (vgr. Fernando Londoño Martínez y Jesús María Silva Sánchez) –y por lo visto, también para la doctrina laboralista citada (vgr. Raúl Fernández Toledo)- la aplicación de sanciones administrativas basadas en conceptos jurídicos indeterminados, no es problemático, pues lo importante es que el tipo esté contemplado expresamente, aunque no completamente. No se trataría además de un caso de discrecionalidad administrativa, pues el concepto jurídico indeterminado –vgr: deber de seguridad- supone una única solución justa para el caso concreto, el cual además, sería

¹²⁷ Fernando Londoño Martínez, «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio», 165.

¹²⁸ Raúl Fernández Toledo, «Poder disciplinario del empleador: configuración jurídica de la falta laboral cometida por el trabajador dependiente», *Ius et Praxis* 21 (2015): 283-284.

revisable judicialmente¹²⁹, sin que pueda esgrimirse al respecto un margen apreciación administrativa exclusiva y excluyente respecto de los tribunales de justicia, conforme a la antigua teoría alemana de la *Beurteilungsspielraum*¹³⁰.

La aplicación o no del principio de tipicidad al ámbito del derecho administrativo sancionador responde más bien a una discusión mucho más profunda, y que obedece a la pugna entre dos modelos completamente diferentes de *hacer* derecho, el modelo del estado legislador y el modelo del estado administrador, lucha que se encuentra presente al interior de cada ordenamiento jurídico, en sus distintos niveles. La contradicción entre ambos modelos supone acaparar cada vez más atribuciones para si en detrimento del otro. El modelo del estado legislador necesita aplicar de manera cada vez más estricta el principio de tipicidad, y el modelo del estado administrador necesita tener cada vez más espacio de autonomía para ejercer su función de política pública, y por lo tanto, relativizar el principio de tipicidad.¹³¹

Sin embargo, mientras penalistas y administrativistas luchan por determinar el verdadero alcance de la tipicidad en la infracción y sanción administrativa, tenemos, en el ámbito de los riesgos laborales, un problema actual y concreto respecto de la sobrerregulación administrativa en la determinación del deber de seguridad del empleador. Así, Alex van Weezel señala;

«Es habitual que tras un accidente laboral de cierta gravedad se imponga, con total independencia de sus causas, una sanción administrativa a la empresa. El funcionario instructor de la Inspección del Trabajo o de la Secretaría Regional de Salud casi siempre hará el hallazgo de algún incumplimiento legal o reglamentario que pueda relacionarse, aun remotamente, con las causas del accidente. La materialización del derecho vuelve prácticamente imposible un comportamiento intachable, sea por la cantidad de preceptos y reglas, sea por el contenido general incluso vago de muchas de ellas. De muy poco sirve al

¹²⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* (España: Thomson Civitas, 2004), 467.

¹³⁰ Jorge Bermúdez Soto. «Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 7 (2012): 13.

¹³¹ Ver Carl Schmitt, *Legalidad y Legitimidad* (España: Aguilar, 1971), 7; «En la realidad histórica se encuentran continuamente combinaciones y mezclas de estos tipos, porque de cada comunidad política forma parte tanto la legislación como la jurisdicción, el gobierno y la administración».

empleador demostrar la aplicación efectiva de medidas de seguridad, acreditar la capacitación del trabajador, acompañar fotografías de la señalética existente, etc.».¹³²

En este sentido, dado que «la materialización del derecho vuelve prácticamente imposible un comportamiento intachable»,¹³³ el empresario pierde el impulso a desarrollar una política real de prevención de riesgos laborales. Por lo tanto, si combinamos la «elefantiasis de las potestades sancionadoras de la administración»,¹³⁴ con su carácter equívoco, atentos los conceptos jurídicos indeterminados que contiene el artículo 184 del Código del Trabajo, ganamos en la práctica un sistema kafkiano, pues de una u otra forma estamos en incumplimiento, siempre habrá una reglamentación por pequeña y detallada que sea que se puede aducir en contra del empresario, y adicionalmente, ante su vaguedad e indeterminación, tiende a prevalecer el resultado dañoso.

Existe en este punto un acercamiento contradictorio de los administrativos al respecto, pues según Londoño Martínez, para el regulado en el ámbito sancionatorio-administrativo es importante conocer -en algún grado- la normativa administrativa a la que está afecta su actividad, y por lo mismo, las exigencias de tipicidad se relajan ante esta realidad.¹³⁵ Sin embargo, la realidad del ámbito sancionatorio-administrativo para Alex Van Weezel es bastante distinto, pues para el regulado (empleador en el ámbito laboral), siempre habrá una disposición normativa que pueda ser aplicable y que fundamente una sanción en contra del empleador,¹³⁶ denotando que dichas disposiciones sancionatorias escapan de las posibilidades cognoscitivas del sancionado, poniendo en entre dicho aquella tesis de Londoño, que otorgaba a este ámbito una mayor capacidad cognoscitiva por parte del regulado.

En mi opinión, la posición de Londoño es teórica, asumiendo que dado que para el regulado es importante conocer la regulación relativa a su proyecto vital (empresa) entonces, su efectivo conocimiento es más probable, pero dicha posición aparece como un argumento

¹³² Alex Van Weezel, «Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo», *Política criminal* 12, n.º 24 (2017): 997-1043.

¹³³ Alex Van Weezel, «Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo», 997-1043

¹³⁴ Román Cordero, «Los principios de Derecho Administrativo Sancionador», 24 y ss.

¹³⁵ Londoño, *Tipicidad ...*, 165.

¹³⁶ Alex Van Weezel, «Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo», 997-1043.

teórico anclado en lo hipotético, alejado de lo que ocurre en la realidad.¹³⁷ En términos prácticos, el acercamiento de Alex Van Weezel¹³⁸ parece más cercano a lo que en realidad ocurre, esto es, un incremento significativo que las potestades regulativas administrativas y su correspondiente capacidad sancionatoria, que escapa cada vez más de la capacidad cognoscitiva del administrado, fenómeno caracterizado por los autores administrativistas como «elefantiasis de las potestades sancionatorias de la administración»,¹³⁹ según hemos señalado con anterioridad.

Naturalmente, no buscamos en ningún caso reducir las obligaciones del empleador, al contrario, nuestro fin es recurrir a un modelo distinto de prevención de riesgos laborales, en que el empleador tenga un papel verdaderamente activo en dicha prevención, para con y en conjunto con los trabajadores. También los trabajadores deben tener un papel activo en la prevención de riesgos laborales, incorporándose a su contrato no sólo la obligación de prestar los servicios, sino velar por la seguridad y salud del lugar de trabajo.

Un mayor nivel de prolijidad en la regulación normativa, que satisfaga los principios del derecho administrativo sancionador, puede ser una vía para reducir la falta de previsibilidad acerca de la conducta debida, que a su vez pueda generar un mayor estímulo para su cumplimiento. Pero el lenguaje siempre es equívoco, el principio de tipicidad parece querer dar algo que el lenguaje por sí mismo no puede dar, según ya tendremos oportunidad de reflexionar. El problema de la falta de tipicidad parece no tener una solución adecuada, aun cuando insistamos en sobre regular el campo, pues dicha regulación supone una formulación lingüística previa, que debe aplicarse a los casos hipotéticos futuros, los cuales no son, casi nunca, iguales entre sí. En consecuencia, para lograr una adecuación real entre la norma y el hecho, la formulación lingüística de la norma no puede ser demasiado específica, si no su ámbito de aplicación se verá dramáticamente reducido, pero al mismo tiempo, una formulación no demasiado específica, hará reconducir hechos a la norma, que no estaban pensadas inicialmente en la formulación de la norma misma, y respecto del cual, no se podía prever que cabría bajo su formulación legal, con todo el compromiso de la

¹³⁷ Londoño, *Tipicidad ...*, 165.

¹³⁸ Alex Van Weezel, «Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo», 997-1043.

¹³⁹ Cristián Román Cordero, «Los principios de Derecho Administrativo Sancionador», 24 y ss.

libertad de ese agente que ejecuta ese hecho, que es precisamente lo que el principio de tipicidad intenta proteger.

A manera de conclusión, en mi opinión la existencia de un concepto jurídico indeterminado, como es el deber de seguridad del empleador en el artículo 184 del Código del Trabajo, no es por si solo un problema que dificulte la fiscalización administrativa de su cumplimiento. El supuesto de hecho contenido en la norma viene acompañado de standards que permiten darlo por adecuado o suficiente, en abstracto, es decir, sin entrar a contemplar en la misma norma todos los casos que en la realidad puedan plantearse. Lo importante es que el tipo esté contemplado expresamente, no completamente. Aquello que pueda estar faltando a fin de lograr una eficiente fiscalización administrativa del cumplimiento del deber de seguridad del empleador, debe ser aportado por los intervinientes en el proceso, es decir, el trabajador y el empleador, tema en el que ahondaremos en los próximos capítulos a propósito de los modelos de autorregulación reglada.

Hemos dicho que nuestra preocupación dice relación con la necesidad de promover la prevención de riesgos laborales a través de la proposición de un modelo que involucre directamente a trabajadores y empresarios, pues el sistema de control administrativo a posteriori no es una herramienta que incremente la disposición a la prevención de riesgos laborales, por parte de empresarios y trabajadores. Un modelo basado en la autogestión de los riesgos laborales puede ayudar a superar el problema de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de los entes fiscalizadores, pues la regulación heterónoma clásica sobre la que está construido el estado de derecho tradicional no ha dado respuestas eficaces en lo que estimo es la finalidad de la norma en estudio: proteger la vida y la salud de los trabajadores, a través de la prevención de las situaciones de riesgo presentes en el lugar de trabajo.

Capítulo II: «El principio protector, el principio preventivo, el principio precautorio y el deber de seguridad del empleador»

1. Introducción

La aplicación de principios jurídicos, en cualquier rama del derecho, es objeto de debate y discusión dogmática y filosófica,¹⁴⁰ por lo tanto su aplicación en el ámbito del derecho del trabajo, por muy naturalizado que se encuentre, no está exento de algún tipo de justificación especial. Antes de analizar de lleno el papel de los principios protector, preventivo y precautorio en materia de prevención de riesgos laborales, es necesario dar un paso previo de legitimación de los principios jurídicos.

En efecto, la discusión entre el positivismo y otras tendencias teóricas que intentan trascenderlo, ha sido incesante a través de la historia de la filosofía del derecho.¹⁴¹ Así, el positivismo ha luchado con el iusnaturalismo¹⁴² y con el denominado neo constitucionalismo, que ha tenido en la *Drittwirkung der Grundrechte* alemana su principal formulación teórica.¹⁴³ Contra ellas el positivismo jurídico ha tendido, desde Hobbes hasta

¹⁴⁰ En este punto la bibliografía es profusa; ver por ejemplo Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (Ariel Derecho, 1999), 72-83; Robert Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho* (Editorial Gedisa, 1994), 73-75; Rodrigo Coloma Correa, «Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos», en Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica* (Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011), 3-16; Agustín Squella Narducci, «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica*. (Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011), 17-28; Juan Antonio García Amado, «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy», en Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica* (Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011), 29-64; Fernando Atria, «Lo que importa sobre los principios», en Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica* (Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011), 65-90.

¹⁴¹ Leticia Vita, «La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller». *Isonomía* 43 (2015): 51; «La oposición metodológica entre positivismo y antipositivismo, que tuvo importantes consecuencias prácticas en Weimar, era en definitiva una lucha entre distintas concepciones de derecho. Este fenómeno es especialmente evidente en los casos que podríamos llamar “insólitos”, es decir, aquellos en que la decisión judicial pone de manifiesto qué entiende en verdad por derecho».

¹⁴² Sebastián Contreras, «Derecho positivo y derecho natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación». *Kriterion: Revista de Filosofía* 54 (2013): 43-61. Disponible en <<http://bit.ly/2IhgX6j>>

¹⁴³ Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008); Carlos Pizarro Wilson, «Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung», *Gaceta Jurídica*, n.º 221 (1998): 7-21; José Juan Anzures Gurría, «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales». *Cuestiones constitucionales* 22 (2010) 3-51. Disponible en <<http://bit.ly/2Rgaf3D>>.

la fecha,¹⁴⁴ a asimilar el derecho a las formulaciones normativas expresadas en formas de leyes, dándole un papel subsidiario o tratando de borrar del mapa jurídico, formulaciones normativas no exhaustivas y que se consideran anteriores o superiores a las reglas jurídicas, denominadas *principios*.

Lo que preocupa a los positivistas, es el riesgo de la pérdida de científicidad del derecho al introducir normas de formulación abierta,¹⁴⁵ que puedan reemplazar las normas jurídicas precisas al interior de ordenamiento jurídico.¹⁴⁶ Así, dichas normas de formulación abierta son, por su estructura, de contenido abierto e interpretativo, que no permite establecer condiciones de racionalidad previa para su determinación a los casos concretos. Así, a través de los principios se establece un *deber ser* contingente y discutible para los casos en que pretenden aplicarse, diferente al derecho que *es*, en relación a las fuentes aceptables del derecho. Un derecho que se pretenda científico, debe estarse al derecho que *es* y no al derecho que *debe ser*. Así, el filósofo del derecho español Andrés Ollero, caracteriza el positivismo jurídico con la siguiente sentencia; «La ciencia jurídica es saber lo que es derecho, dejando al ámbito de la decisión política lo que deba o no serlo: ciencia del derecho positivo».¹⁴⁷ Para el positivismo, esto es suficientemente claro cuando se trata de derechos fundamentales, a los cuales se le ha caracterizado con el nombre de principios,¹⁴⁸ pues dichos derechos fundamentales expresan aspiraciones políticas de diversa índole, los cuales deben ser interpretados conforme a una concepción política determinada, la cual,

¹⁴⁴ Hobbes, *Leviatán ...*, 217; «Teniendo esto en cuenta, yo defino la ley civil de esta manera: Ley Civil es, para cada súbdito, aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de voluntad para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley».

¹⁴⁵ Fernando Atria, «La Ironía del Positivismo Jurídico», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho* 24 (2004), disponible en «<http://bit.ly/2KPeIOV>», p. 124; «El neo-constitucionalista trata de convencer a los jueces y a la profesión jurídica que su respeto por las decisiones legislativas está fuera de lugar, que ellos deben reemplazarlo por un respeto incondicional a la constitución».

¹⁴⁶ Cientificidad del derecho contra el cual el antipositivismo reacciona, conforme da cuenta Juan Antonio García Amado, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, 2. Disponible en «<http://bit.ly/2kb0SWN>»; «De ahí que en las notas distintivas de neoconstitucionalismo, en contraste con el positivismo jurídico, se suele mencionar la impugnación de la neutralidad de la ciencia jurídica y se haga la apología de una ciencia constitucional militante, moralmente comprometida con la verdad y las exigencias de los supremos valores, éticamente confesional. El entramado funciona a la perfección porque los jueces ven en esa doctrina la justificación perfecta para la ampliación de sus poderes frente al legislador y de su condición de oráculos de la constitución profunda».

¹⁴⁷ Andrés Ollero, *Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista* (Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982), 24.

¹⁴⁸ Carlos Bernal Pulido, «Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española», 2008: 275 y ss. Disponible en «<http://bit.ly/2WLcT7s>».

desde luego, no es objetiva. La objetivación de dicha aspiración política expresada en clave de derecho fundamental, se produce a través de su reconocimiento legal.¹⁴⁹ Dicho reconocimiento legal, establecido a través de un procedimiento mayoritario de toma de decisiones, debe tener la calidad de ser inderrotable, pues de lo contrario, el procedimiento mayoritario de toma de decisiones se vería menoscabado, es decir, la democracia se vería menoscabada. Por eso, cada principio de derecho fundamental, es un concepto que necesita ser llenado de contenido con una concepción particular de lo que ese concepto debe querer decir, y la democracia consiste en darle determinación normativa a dichas concepciones.¹⁵⁰ Dicha determinación se lleva a cabo a través de leyes las que, con objeto de respetar la decisión democrática que se ha tomado en torno a dichas concepciones, no debe poder ser derrotable conforme a otros principios exógenos a la regla, que establecen otro *deber ser* para el caso concreto. Vistas las cosas desde la teoría positivista, no hay espacio para los principios.

Por esa razón no es posible, para Carl Schmitt, separar tajantemente legitimidad y legalidad, suponiendo que ambas cosas son irreconciliables. Pues al ser la legalidad manifestación democrática de un proceso de toma de decisiones, en virtud del cual existe *igualdad de chance* para llenar de contenido dichos conceptos abstractos e indeterminados, entonces dicho proceso torna *legítima* dicha determinación *legal* de las concepciones políticas. En consecuencia, la legalidad es un tipo de legitimidad, no es opuesto a ella.¹⁵¹ Por el contrario, sería ilegítimo, por no respetar el principio democrático de igualdad de chance en la determinación legal de las concepciones políticas, que el juez llene de contenido por sí mismo dichas conceptos abstractos. Por ello, en virtud de la teoría positivista, le estaría vedado al juez recurrir a conceptos abstractos como son los principios jurídicos, pues no cuenta con las herramientas para llenar de contenido dichos principios de manera objetiva, no se encuentra en una posición epistemológica superior al resto de las personas para determinar la *normatividad* de un principio, y definitivamente, excluye en su

¹⁴⁹ La distinción entre conceptos y concepciones se puede rastrear hasta John Rawls, *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, 1995), 25. «un grupo de personas tiene que decidir de una vez y para siempre lo que para ellas significará justo o injusto» y para ello deben abstraerse incluso respecto de sus propias «concepciones acerca del bien».

¹⁵⁰ Atria, «El Derecho y la Contingencia de lo Político», 25-27.

¹⁵¹ Schmitt, *Legalidad...*, XI (introducción); «La legalidad no era en su origen otra cosa que un producto del racionalismo occidental y una forma de legitimidad, más no su absoluto contraste».

determinación todas las visiones o concepciones que sean distintas a la suya propia, vulnerando de esa manera el principio democrático de igualdad de chance.

Esta discusión que se da en clave de derecho constitucional, al considerar los derechos fundamentales como una categoría específica de principios,¹⁵² se hace aplicable a los principios en general, esto es, inclusive a aquellos que son parte del ordenamiento jurídico infra-constitucional, respecto de los cuales es aplicable el mismo argumento: la utilización del principio sirve al juez con el propósito de apartarse de la voluntad del legislador. Así, según el laboralista español Mercader Uguina; «si la ley ya ha ponderado entre derechos y esa ley cierra el caso particular, el juez debe aplicar la ley sin más, porque el juez está vinculado a la ley».¹⁵³

Así, según algunos autores,¹⁵⁴ los principios jurídicos ya cumplieron su función en la historia de la filosofía del derecho, habrían servido de paso previo hacia un entendimiento más apropiado de la función de las reglas, la que hasta ese momento se entendían como normas inderrotables. En este sentido, para hacerse cargo de aquel fenómeno en virtud del cual las reglas debían modularse, dado que los hechos parecen exigir una visión distinta de la que se desprende de las reglas, se ha creado la distinción entre principios y reglas, con objeto de que los principios cumplan la función de modulación de las reglas. Pero esto no es más que un paso previo hacia el entendimiento de que las reglas sí son derrotables, pero en función de las reglas mismas, no de los principios.

Esta justificación filosófica contraria a los principios, perfectamente hilvanada y lógicamente estructurada, choca sin embargo, con la realidad. En efecto, uno de los autores que normalmente se asocia a la escuela positivista; H.L.A. Hart, da cuenta de las dificultades de una concepción como esta. En primer lugar, la ambigüedad del lenguaje hace que sea muy difícil aplicar la norma a casos concretos de manera silogística,¹⁵⁵ lo cual

¹⁵² Bernal Pulido, «Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española», 275 y ss.

¹⁵³ Jesús R. Mecader Uguina, *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis* 2014, 4.

¹⁵⁴ Atria, «Lo que importa queda de los principios», 71.

¹⁵⁵ Herbert Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963), 158-159; «En este punto, el lenguaje dotado de autoridad que se expresa en una regla, sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta. Pareciera ahora que, por el

implica necesariamente algún grado de discrecionalidad a favor de él, pero no sólo eso, también la norma se construye en base a la información que se tiene en el momento en que la norma es dictada, y por la misma razón, no es posible para el legislador prever todas y cada una de la hipótesis fácticas que saldrán al encuentro de la norma abstracta.¹⁵⁶ En algunos casos el juez deberá reducir el ámbito de aplicación de la norma, en otros casos deberá ampliar el ámbito de aplicación de la norma, y todo ello, de acuerdo a la discreción del juez.¹⁵⁷

Dadas estas condiciones, el juez al encontrarse con casos que son oscuros en atención a la formulación lingüística de la norma, o que difícilmente pueden ser considerados parte de su propósito original, debe elegir entre varias interpretaciones posibles. En efecto Hart señala;

«Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aún como un ideal, la concepción de una regla tan detallada, que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses».¹⁵⁸

Por lo tanto, ante las ambigüedades del lenguaje como ante la imposibilidad de que el ser humano pueda prever todas las hipótesis posibles que puedan reconducirse ante una regla, el juez debe usar su discreción.¹⁵⁹ Sin embargo, según Ronald Dworkin, no hay una explicación demasiado sofisticada por parte de Hart acerca de cómo el juez debe elegir

contrario, el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio».

¹⁵⁶ Hart, *El Concepto...*, 160-161; «Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros [...] y nuestro propósito está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección» [...] «No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca».

¹⁵⁷ Para una sucinta explicación de Hart, ver Juan Carlos Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico». *Isonomía* 13 (2000): 97-101.

¹⁵⁸ Hart, *El Concepto...*, 160.

¹⁵⁹ Ver la caracterización que hace Alexy, Robert Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa* 5 (1998): 139. Disponible en «<http://bit.ly/30IvLM>».

entre distintas alternativas posibles. Por eso, caracteriza la elección de Hart como una discreción en sentido fuerte, aduciendo al respecto que existe una elección en sentido débil. ¿Cómo sería dicha elección en sentido débil?, aquí es donde los principios entran en escena y cobran su papel más relevante. Según Dworkin, el juez no puede simplemente elegir ante un caso de vacío legal o de obscuridad de la norma, sino siempre tratando de reconducir dicha decisión hacia el sistema jurídico en su conjunto. El *conjunto* del sistema jurídico no es una elaboración abstracta y arbitraria que cada juez puede crear en ese minuto, sino que comprende la elaboración histórica doctrinal y jurisprudencial que da base y estructura los lineamientos sobre los que reposa el ordenamiento jurídico, sin los cuales las codificaciones serían sólo normas dispersas, sin unidad, coherencia ni sentido. Dichos lineamientos generales son los principios generales del derecho.¹⁶⁰ Obviamente, estos principios no pueden tener una interpretación unívoca cuando se apliquen a los casos concretos, pero al menos son una fuente que orienta la interpretación de una norma específica, siendo dicha fuente parte del sistema jurídico, no un elemento exógeno a este, como parece creerlo la dogmática de la teoría positivista.¹⁶¹ Como tal, sería un elemento orientativo adicional a la simple elección arbitraria de alternativas, como Dworkin lee en Hart. En particular, respecto de cómo un juez debería considerar los principios morales constitucionales abstractos,¹⁶² Dworkin señala;

¹⁶⁰ Para el concepto de principio en Dworkin, según Roberto Islas Montes, «Principios jurídicos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XVII* (2011): 398; «Ronald Dworkin usa el término principio en sentido genérico, para referirse a todo el conjunto de los estándares -que no son normas- que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados».

¹⁶¹ Ollero, *Interpretación...*, 176 «Si -de acuerdo con la belicosidad de la frontera derecho-moral propia del positivismo legalista- se considera que la ley encierra todo el elemento valorativo, y lo conserva a la espera de aplicarlo a los hechos, ¿qué sentido tiene exigir esa «buena fe» a la que se considera como «una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico»? La respuesta es que el contenido ético-social no «irrumpe» en un orden jurídico de diverso carácter, sino que el derecho mismo supone un proceso de valoración ética de la realidad social, que no se consuma en la ley (ni en las prerrogativas y deberes que ésta atribuye). Por el contrario, el derecho sigue siendo –más allá de la ley- «fuente de exigencias que irán siendo develadas por las «circunstancias concurrentes» «en que se realice» la conducta legalmente prevista. Sólo cuando mediante la apreciación de la «buena fe», nos parece ver «restablecida la normalidad», podemos considerar efectivamente reconocida la realidad jurídica».

¹⁶² Por principios morales constitucionales abstractos nos referimos a los denominados derechos fundamentales, que de acuerdo a la teoría neo constitucional más prestigiosa, tienen el carácter de principios; Alexy, *Teoría...*, 63-64. «No faltan referencias al papel que en los contextos de derechos fundamentales juega la distinción entre reglas y principios. No pocas veces las llamadas normas de derecho fundamental son llamadas principios. Desde luego, con mayor frecuencia se hace valer el carácter de principios de las normas de derecho fundamental de una manera no tan directa. Como habrá de mostrarse, esto tiene lugar cuando, por ejemplo, se habla de valores, de disposiciones que establecen fines, de fórmulas abreviadas, o de reglas que establecen cargas argumentativas».

«[l]a interpretación constitucional es disciplinada, según la lectura moral, por el requisito de integridad constitucional [...]. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si se tratara de un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atraer, salvo que la encuentren consistente en principio con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y además con las líneas dominantes de la interpretación constitucional del pasado de otros jueces. Deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales, pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben cuidar de ver que aquello que contribuyen encuadre con el resto».¹⁶³

Esta afirmación puede hacerse aplicable a toda área del ordenamiento jurídico, constitucional o infra constitucional, esto es, el juez al verse frente un caso difícilmente subsumible en una norma, no debe, al usar su discreción, resolver el caso conforme a un criterio personal, por muy justo que suponga su criterio, sino escudriñar en el área del derecho al que está expuesto, como un todo, y deducir de él sus lineamientos dominantes, estructurados dogmática y jurisprudencialmente. El juez debe mirar hacia la comunidad jurídica de la que forma parte, extraer el sentido de lo justo que la comunidad jurídica genera como un todo, y deducir de él las conclusiones para el caso concreto.¹⁶⁴ Este es un tipo de discreción distinta a la discreción hartiana, pues Dworkin limita la discreción judicial a la estructura del ordenamiento jurídico como un todo,¹⁶⁵ llamándola de esa manera discreción en sentido débil¹⁶⁶ Al contrario de Hart, quien al no establecer contrapesos a la discreción del juez, en la elección de alternativas posibles ante la oscuridad de la norma, utilizaría un tipo de discreción en sentido fuerte.

¹⁶³ Dworkin, «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista», 13-14.

¹⁶⁴ En una posición que nos parece un tanto extrema, aparentemente a ciertos tipos de jueces no les gusta ser constreñidos ni por reglas ni por principios; Fernández Bermúdez, «A los cien años de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, arbitrio judicial versus positivismo jurídico», 52; «En el momento actual creo ya superada la etapa de utilización de dichos principios a costa de la ley, el método judicial se ha ido deteriorando y acogiendo los juicios de valor. (...) La llamada jurisprudencia de valores ha arrasado el paradigma jurídico tradicional con la violencia de un tornado».

¹⁶⁵ Alexy, caracteriza al Juez de Dworkin de la siguiente manera; «Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única repuesta correcta. Sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de su existencia. Un juez ideal, al que Dworkin llama “Hercules”, equipado con “superman skill, learning, patience and acumen”, es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta» en Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», 140.

¹⁶⁶ Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (Ariel Derecho, 1999), 84-87. También ver Atria, «Lo que importa queda de los principios», 72-73.

Hart contestó a estas críticas en su texto *Discretion*, en el cual razona que efectivamente el juez, al encontrarse en la necesidad de usar su discreción ante casos oscuros o lagunas normativas, no usará un tipo de discreción arbitraria como quien elige una bebida.¹⁶⁷ Más bien la discreción judicial debe implicar «no sólo factores procedimentales específicos y la exclusión deliberada de intereses privados, prejuicios, y el uso de la experiencia en el campo, sino también el esfuerzo determinado por identificar cuáles son los valores que deben ser considerados en el curso del ejercicio de la discreción» (traducción propia).¹⁶⁸ Sin embargo, el ejercicio de una discreción de este tipo puede chocar siempre con la circunstancia de que la obscuridad de la norma o los vacíos legales no dejen espacio a un tipo de discreción motivada por principios, sino a una mera decisión motivada de la forma más racional posible, pero no conclusiva. Así Hart admite; «me parece que dado que hay un punto en el cual ya no podemos ser guiados por principios, y solo podemos pedir confirmación de nuestros juicios a personas que pertenecen a disciplinas similares, es que hay discreción en esferas donde los argumentos a favor de una decisión u otra podrían ser racionales pero no conclusivas» (traducción propia).¹⁶⁹

La respuesta de Hart al respecto, es una en virtud del cual se puede admitir la existencia de principios, pero el papel de estos no siempre es posible y no siempre nos pueden llevar hacia una única respuesta correcta. Por lo tanto, si bien los admite, lo hace de una manera un tanto escéptica, quitándole el peso que podrían tener en Dworkin, cuyo uso es obligatorio en casos difíciles, para dar lugar a la mentada discreción en sentido débil.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Herbert Hart, «Discretion», *Harvard Law Review* 127 (2013), 657.

¹⁶⁸ Hart, «Discretion», 664 «not only narrowly procedural factors and the deliberated exclusion of private interest, prejudice and the use of experience in the field, but also the determined effort to identify what are the various values which have to be considered and subjected in the course of discretion».

¹⁶⁹ Hart, «Discretion», 665; «It seems to me clear that just because there is a point at which we can no longer be guided by principles and at the best can only ask for the confirmation for our judgment for persons who have submitted themselves to a similar discipline before deciding, that we have in discretion the sphere where arguments in favour of one decision or another may be rational without being conclusive».

¹⁷⁰ Aunque respecto de todo esto, los jueces también reaccionan, reclamando más libertad para la toma de decisiones; Fernández Bermúdez, «A los cien años de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, arbitrio judicial versus positivismo jurídico», 54; «sería necesario ampliar el análisis con psicólogos y sociólogos del derecho para penetrar en el análisis de las causas, analizar como en la decisión no interviene solo la ley sino factores rigurosamente subjetivos del juez. El descubrimiento de la personalidad del juez fue realizado en Europa, fundamentalmente por los autores del Derecho libre y en correspondencia con la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico americano».

Por lo tanto, Hart en su *Dicretion*, acorta la distancia entre su propia teoría y la de Dworkin, pero no alcanza, en modo alguno, a fundamentar el uso y la existencia de los principios a la manera de este último autor, cuya teoría estamos usando en esta tesis.

En efecto, lo que Dworkin señalaría, es que ante casos difíciles el juez debe usar los fundamentos de cada rama del derecho, los cuales estarían basados en sus principios. De esa manera, reduce la discreción del juez, al obligarlo a usar dichos estándares normativos y fundar su decisión en dichos estándares. Obviamente, ninguna de las decisiones basadas en principios es conclusiva per se, pero da lugar a un tipo de decisión motivada y racional, que está basada en los fundamentos estructurales de la rama del derecho que corresponda en cada caso. Esto último es notablemente diferente a tomar una decisión de acuerdo a un estándar argumentativo de cualquier índole, que puede estar o no emparentado con los fundamentos de la estructura de dicho ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la estructura del ordenamiento son los principios sobre los que reposa. De esa manera, puede hacerse la distinción analítica entre principios, que son los lineamientos generales sobre los que reposa la estructura del ordenamiento jurídico o los bienes jurídicos protegidos por éste, y las reglas, que son aquellas destinadas a regular los aspectos concretos de la vida social, concretizando los mandatos de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.¹⁷¹ Ahora bien, así como Dworkin hace entrar a los principios al ordenamiento jurídico,¹⁷² los mismos que para el positivismo se encuentran extramuros del derecho, Robert Alexy es quien trata de racionalizar los conflictos que se producen entre los distintos principios¹⁷³ o bienes jurídicos en juego en un caso determinado, cuando las reglas del ordenamiento no permiten una solución adecuada. Para ello Robert Alexy utiliza el método de la ponderación o de la proporcionalidad, para equilibrar la satisfacción de los

¹⁷¹ Alexy, *Teoría...*, 63; «[e]sta distinción representa la base de la teoría de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan esos derechos en el sistema jurídico».

¹⁷² Sobre la distinción entre principios y reglas, Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», 140-144.

¹⁷³ Para el concepto de principio en Alexy, según Roberto Islas Montes, «Principios jurídicos», 398; «Robert Alexy señala que los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes».

distintos principios o derechos fundamentales.¹⁷⁴ Muy a pesar de la teoría anti-principialista, incluso Hart habla de tomar en cuenta los distintos intereses en juego, en efecto señala: «cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema, eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria».¹⁷⁵ Este pasaje es muy relevante, porque explícitamente confiere la potestad a elegir entre los *distintos intereses en conflicto*, cuando las específicas reglas del derecho no son suficientes para resolver los casos concretos, siempre diversos a la formulación abstracta de la norma. Por lo tanto, no es Robert Alexy el primero en señalar que debe existir una ponderación de bienes jurídicos en conflicto, es Hart, quien es considerado uno de los padres del positivismo jurídico. Alexy, en cambio, lo que hace es producir las condiciones para que la ponderación entre los diversos intereses en juego sea lo más racional posible, *administrando* el razonamiento del juez en un *procedimiento argumentativo* denominado *principio de proporcionalidad*.

No es nuestro objeto profundizar en el principio de proporcionalidad, lo que propone este acápite es justificar la aplicación de principios a un modelo de gestión de riesgos laborales, basado en la autorregulación reglada. Por lo tanto, la mención al principio de proporcionalidad en este punto, tiene por objeto mostrar la inevitabilidad de la aplicación de principios en el razonamiento habitual que hace el juez en su labor diaria, y cómo desde la filosofía del derecho, se trata de establecer límites científicos al razonamiento basado en normas abstractas. Cuando se dice límites científicos, no se quiere decir reglas de interpretación válidas para todo caso y momento, o parámetros universalmente válidos para el ejercicio plenamente racional de la aplicación de normas, sino la creación de un modelo que, sin aspirar a la exactitud y consciente al mismo tiempo de su carácter relativo, pueda orientar la aplicación de estándares normativos amplios, en un contexto de vacío legal. Desde luego, entendemos vacío legal en un sentido amplio, como todos aquellos casos concretos cuya regla de aplicación *prima facie*, aparece como inadecuada, dados los nuevos elementos o matices del caso concreto a resolver.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Alexy, *Teoría...*, 138; 140; 144.

¹⁷⁵ Hart, Herbert, *El Concepto...*, 61.

¹⁷⁶ Es decir, tanto lagunas normativas como axiológicas; Ignacio Núñez Leiva, «Constitución, Neoconstitucionalismo y Lagunas Jurídicas (Normativas y Axiológicas)». *Estudios Constitucionales*; 10, (2012), 522 y 525.

Cuando los hechos del caso aparecen oscuros al interprete, debe el juez llevar a cabo un razonamiento práctico¹⁷⁷ en orden a dar una solución al caso concreto, para ello debe necesariamente analizar los *intereses en juego*, como el mismo Hart señala, ponderando dichos intereses conforme a los lineamientos generales del sistema jurídico (diseño estructural de la Constitución como un todo, como diría Dworkin). Dichos lineamientos generales del sistema son los principios en que este se basa, y si son varios los principios que respaldan los intereses en juego, y estos entran en contradicción, debe necesariamente ponderarse entre dichos intereses. Entre los distintos métodos para efectuar esta ponderación, se encuentra la máxima de ponderación alexyana; «Cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».^{178 179}

Para los teóricos del positivismo jurídico, si el conflicto no puede ser objetivamente resuelto de acuerdo a criterios estrictamente racionales, de manera tal que no entren en juego las apreciaciones subjetivas del juez, entonces no puede decirse que el conflicto se haya resuelto de manera jurídica.¹⁸⁰ Sólo se puede resolver un conflicto de acuerdo a un texto estrictamente autoritativo, que haya resuelto de manera previa el caso hipotético, sin caer en la tentación de revisar nuevamente la norma de acuerdo a estándares cuestionablemente jurídicos, y que responden más bien a directrices políticas. La utilización de dichos estándares no puede modularse de acuerdo a ningún proceso interpretativo formal, lo que incluye una hipotética ley de ponderación. Carlos Bernal Pulido responde a esta crítica de la siguiente manera.

¹⁷⁷ Sobre la razón práctica como base de la argumentación en base a principios ver Alexy, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», 150-151; Robert Alexy. *El Concepto y la Validez del Derecho* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1994): 131-150.

¹⁷⁸ Alexy, *Teoría...*, 138.

¹⁷⁹ Alexy, *Teoría...*, 144; Respecto de la crítica a la falta de objetividad de la ponderación, Alexy responde que; «[t]ampoco es correcta la objeción según la cual no habría ninguna pauta sobre la cual pudiera decidirse la ponderación y por lo tanto, el principio de ponderación de bienes sería una fórmula vacía. Ciertamente, la ley de ponderación como tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda puedan decidirse definitivamente los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo ofrece un criterio al vincular la ley de la ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de la ponderación dice qué es lo que tiene fundamentarse racionalmente. Por lo tanto, no es que no diga nada y, por ello, no es una fórmula vacía. Se ha eliminado así la objeción de irracionalidad se aduce reiteradamente. La tesis según la cual las ponderaciones conducen a decisiones individuales, por lo menos, se presta a malentendidos».

¹⁸⁰ Atria, «El Derecho y la Contingencia de lo Político», 28-29.

«[L]a aplicación del principio de proporcionalidad y de la ponderación no puede ser plenamente racional, en el sentido de que constituya un algoritmo para la aplicación de los derechos fundamentales. Los críticos llevan razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. La ponderación no puede garantizar este tipo de objetividad plena, porque semejante objetividad es una utopía que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo. De este modo, puede objetarse la objeción de que la ponderación es irracional, porque no es plenamente objetiva. Por el contrario, debe decirse que la objeción se basa en una pretensión de objetividad que resulta hiperracional».¹⁸¹

En efecto, la pretensión de objetividad plena que el positivismo pretende, es una quimera intelectual, el legislador no puede ponerse en todos los casos y establecer todas las excepciones explícitas, quedarán muchas excepciones implícitas en las normas que el juez deberá descubrir cuando se presente el caso, y para ello deberá derrotar la norma conforme a intereses jurídicamente relevantes, que si bien no están expresados en reglas específicas y explícitas, son parte del sistema jurídico, pues están respaldadas en principios jurídicos y normas de derecho fundamental, que son la base y estructura del ordenamiento jurídico.

Aun así, el positivista insiste en su punto y trata de demostrar que se puede derrotar una norma no conforme a intereses jurídicamente relevantes exógenos a la norma, sino conforme a la intención que claramente se desprende de la norma misma.¹⁸² Por lo tanto, es una derrotabilidad¹⁸³ no conforme a un principio contrario, sino conforme a la propia regla derrotada. Aún en este punto el positivista trata de dejar de lado la aplicación de principios, tachándolos de innecesarios.¹⁸⁴ Así, según el positivista, si un hecho concreto aparece bajo

¹⁸¹ Bernal Pulido, *Estudio...*, XLV y XLVI.

¹⁸² Sobre este punto, cabe señalar que positivismo y derrotabilidad no sólo no son incompatibles, sino que además la derrotabilidad es necesaria para construir una teoría positivista más plausible, una que acepte la derrotabilidad de las reglas. Ver Juan Carlos Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía* 13 (2000): 116; «Pero en mi opinión no hay ningún reparo para sostener coherentemente, desde las premisas del positivismo jurídico, que la presencia en el derecho de normas derrotables es contingente; que en un sistema jurídico puede haber normas derrotables e inderrotables; y que la derrotabilidad de una norma jurídica abre en el derecho un espacio de indeterminación».

¹⁸³ Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», 91; «una norma “derrotable” o “abierta”, es decir, de una norma sujeta a excepciones implícitas, que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición suficiente de su aplicación».

¹⁸⁴ Fernando Atria, «Las circunstancias de la derrotabilidad», *Revista de Ciencias Sociales* 45, (Edeval, 2000), 464-465.

el horizonte normativo de una regla, (en su tenor literal), pero aparece contrariando el objetivo establecido en principio por la norma, entonces esta debe derrotarse, y excluirse dicho caso concreto de su ámbito de aplicación jurídica. Jóvenes juristas influidos por la teoría positivista, han tratado de aplicar la tesis de la derrotabilidad de la norma en función de la norma misma, a típicos casos jurisprudenciales que tuvieron lugar antes de la reforma de la Ley N° 20.940 al procedimiento de negociación colectiva y sindicatos. Es así como, en el caso del sindicato del día después, se interpretó que la utilización de la constitución sindical con el sólo objeto de evitar el despido con el fuero laboral de constitución, pero sin la intención de llevar a cabo actividad sindical, no podía estar cubierto por la norma que otorgaba dicho fuero, porque dicha norma está pensada para el caso en que el trabajador va a llevar efectivamente a cabo actividad sindical. Por lo tanto, no existe ninguna necesidad de pasar por encima de la norma que otorgaba dicho fuero (artículo 221 del Código del Trabajo), sino profundizar en la aplicación de la norma misma, develando su intención y por lo tanto, su verdadera aplicación. Se derrota, en este caso, la aplicación de la norma por la intención de la norma misma.¹⁸⁵ Lo que un razonamiento de este tipo pierde de vista, es que la interpretación acerca de cuál es la intención de la norma, de manera tal que podamos reducir su ámbito de aplicación prima facie, no se hace en el vacío, sino que en el sentido que la norma tiene en el contexto jurídico en que se encuentra. Ese contexto jurídico, que es la regulación que la legislación laboral efectúa respecto de los sindicatos, está estructurado y justificado en base a la libertad sindical. Es el carácter normativo de la libertad sindical el que permite interpretar la norma del fuero de constitución sindical del artículo 221 del Código del Trabajo y de ampliar y de reducir la aplicación de la regla, conforme se van presentando los casos conforme a sus distintos matices. Desde luego, la libertad sindical es un *principio general* del derecho colectivo del trabajo, que posee además consagración constitucional, sin perjuicio de la discusión dogmática respecto de si su consagración

¹⁸⁵ Eduardo Yáñez Monje, «El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva», *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 4 (2011): 199. En efecto, el autor razona; «Concentrados ahora sobre este caso concreto, es evidente que las normas sobre fuero sindical es aplicable al caso normal, en que dirigentes y trabajadores afiliados usan el sindicato para los fines que naturalmente les corresponde [como aquellos enumerados en el artículo 220 del Código del Trabajo u otra finalidad legítima en atención a que la enumeración no es taxativa], pero no es aplicable al caso extravagante, en que es usado como escudo contra el despido, pero sin la intención de llevar a cabo actividad sindical. Este razonamiento nada tiene de peculiar, pues ya lo ha dicho la Dirección del Trabajo en dictamen N°5357/245, de 12 de diciembre de 2003».

constitucional es fragmentaria¹⁸⁶ o es plena¹⁸⁷, el hecho es que *es el principio* que estructura el libro III y IV del Código del Trabajo.

Debe a estas alturas quedar claro que los principios, lejos de ser un elemento extraño o exógeno al ordenamiento jurídico, son parte del sistema jurídico. Ellos no sólo cumplen un rol importante en el derecho, sino que ellos *son* el derecho. En su ausencia, no habría unidad ni coherencia en el sistema jurídico, ellos son los que le dan el carácter de sistema al ordenamiento jurídico. Sin ellos no habría fundamento, sino un conjunto de reglas fantasmagóricas cuyo sentido, origen y funcionamiento serían desconocidos, y por lo tanto, estarían vacías de contenido. En efecto toda ciencia, por precaria que sea, se estructura en base a sus principios, y ellos son los que dan origen a un modelo de conocimiento o paradigma que posea carácter de sistema, y una vez asentados ellos, es posible asentar como tal dicho modelo de conocimiento.¹⁸⁸

Ahora bien, la discusión sobre la relevancia de los principios cruza diversas temáticas, las cuales si bien están íntimamente relacionadas, pueden eventualmente ser distinguidas. En efecto, hemos dicho que cada subsistema jurídico particular posee lineamientos estructurales que dan base y estructura a dicho subsistema jurídico, los cuales dan origen al sistema, al mismo tiempo que pueden ser reconstruidos del sistema a partir de un acto de interpretación. La relación entre los principios y el subsistema jurídico que fundan es simbiótica. Jesús Mercader Uguina da cuenta de realidad cuando señala;

«[U]na primera conclusión se hace presente: los citados “principios” no son tales. Como tendremos oportunidad de señalar a lo largo del presente estudio, tales instrumentos de aplicación normativa han representado un reflejo de los distintos sistemas normativos en los que se han desarrollado, de modo que las referidas construcciones han buscado asentarse

¹⁸⁶ César Toledo Corsi, *Tutela de la Libertad Sindical*, (Abeledo Perrot; Thomson Reuters, 2013), 32-33; «A diferencia de otras Cartas Fundamentales de la Región, la Constitución chilena no consagra explícitamente la libertad sindical en toda su dimensión, sino que se limita a reconocer de modo fragmentario ciertas manifestaciones de tal derecho, dejando de manifiesto una concepción del mismo que lo limita al derecho de sindicación».

¹⁸⁷ Sergio Gamonal Contreras, *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2º edición revisada y actualizada (Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 2011), 75.

¹⁸⁸ Thomas Kuhn, *La Estructura de las Revoluciones Científicas* (Fondo de Cultura Económica, 1962), 252; «ya hemos notado que una vez que la aceptación de un paradigma común ha liberado a la comunidad científica de reexaminar constantemente sus primeros principios, los miembros de esa comunidad pueden concentrarse exclusivamente en los más sutiles y esotéricos de los fenómenos que les interesan».

siempre sobre la sólida base que se les prestaba, en cada momento, el derecho positivo vigente en cada momento vigente. No han vagado, por tanto, por el indeterminado cielo de los conceptos ni tienen su base en abstracciones jurídicas». ¹⁸⁹

Los principios son, por lo tanto, no construcciones metafísicas (no están en el indeterminado cielo de los conceptos), sino que lineamientos concretos que se derivan del ordenamiento jurídico, y en ese sentido son reflejos de él. Sin embargo, habría que hacer al respecto un matiz; no son *meros* reflejos del sistema jurídico, en el sentido que antes de él no tenían existencia, y sólo aparecen al conocimiento cuando se ha sancionado una norma legal específica. ¹⁹⁰ No, tienen existencia antes de la norma jurídica propiamente tal, no como construcciones metafísicas u órdenes *iusnatural*es acabados, sino como exigencias de justicia concretas que inspiran a legislar diversas áreas de la realidad, respectos de los cuales son sus lineamientos estructurales dominantes. Luego, una vez que se ha decantado la norma legal, el principio recibe su denominación y contenido definitivo, interpretación mediante, pero la legislación no nace desde la nada, requiere de principios orientadores previos, que una vez lograda la norma legal definitiva, logran su refinamiento para servir de guía en la interpretación e integración de las mismas normas jurídicas que ha ayudado a fundar.

Por esta razón, los principios de un ordenamiento son derivables de él cuando este es tomado como un todo, atendida su finalidad global. Por eso es que Dworkin señala que «los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si se tratara de un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atraer, salvo que la encuentren consistente en principio con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y además con las líneas dominantes

¹⁸⁹ Mercader Uguina, Jesús. «Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis», Cap I; www.tirantonline.com (2015), 3.

¹⁹⁰ Sobre la mutua implicación entre los principios y el ordenamiento jurídico que fundan ver Héctor Hugo Barbagelata, *Los principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación*, 13. Disponible en «<http://bit.ly/2mewF9L>»; «Existe una muy importante diferencia entre los principios clásicos y los de Segunda Generación en tanto y cuánto continúe siendo aceptada la subordinación de los principios clásicos a las contingencias del derecho positivo. En cambio, los derechos de Segunda Generación, como derivan del Bloque de Constitucionalidad, son indemnes a los cambios de la legislación o sea que son supra-legales, incluso supraconstitucionales (si hubiera contradicción con las cláusulas del texto constitucional), por ser inherentes a la personalidad humana, como ha sido insistentemente sostenido en fallos de los Tribunales Constitucionales».

de la interpretación constitucional del pasado de otros jueces». ¹⁹¹ Ahora bien, ¿cuáles son las temáticas íntimamente relacionadas, pero que eventualmente pueden ser distinguidas?, estas dicen relación con el problema de los principios a nivel constitucional, y aquella función de los principios pregonados a nivel infra-constitucional. En función de lo anterior, y dado el razonamiento que hemos efectuado en las páginas anteriores, no parece problemático que el juez, ante la obscuridad de la ley, tanto por vacíos normativos como aparecer el hecho alejado de la hipótesis regulativa inicial del legislador, deba recurrir hacia los lineamientos estructurales del ordenamiento jurídico en que se inserta, lo que comúnmente se llama principios. Sin embargo, esto aún no implica una aceptación de la tesis sobre el valor de los principios a nivel constitucional, como mandatos constitucionales a-históricos, destinados a proveer al juez la posibilidad de derrotar normas jurídicas con base a fundamentos valóricos trascendentes, sin importar si la norma es clara o es oscura en relación al hecho que reclama su aplicación. En efecto, el laboralismo español controvierte el valor de los principios en base a la discutida plausibilidad del valor *contra- legem* de los principios; en particular cuando estos son ofrecidos como herramienta para que el guardián de la Constitución pueda dejar sin efecto expresiones políticas mayoritarias transitorias, a través de leyes. En efecto Mercader Uguina señala;

«La constitución no representa el fruto exclusivo de una ideología o concepción del mundo, sino que es más bien obra del pacto o del consenso por fuerza distintas a través de mutuas concesiones. Se trata de un documento integrador con contenidos materialmente contradictorios entre los cuales no es posible establecer una rigurosa jerarquía» ¹⁹²

Con ello nos dice que no existe forma, procedimiento o racionalidad específica que nos permita determinar *ex ante*, cuál es la jerarquía axiológica entre los distintos principios, de tal manera que puedan dirimirse “jurídicamente” *casos* conforme a dichos principios, en especial cuando dichos principios pretenden leerse conforme a una interpretación originalista de la Constitución, y oponer dicha interpretación a una legislación basada en mayorías transitorias (control de constitucionalidad). Por eso es que «[e]s pues, el legislador de los derechos quien está llamado, en principio, a efectuar la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente

¹⁹¹ Dworkin, «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista», 13-14.

¹⁹² Mercader Uguina, *Los principios ...*, 3.

relevantes».¹⁹³ Por lo tanto dichos principios son de interpretación preeminentemente legislativa, no jurisprudencial, pues el juez no está en condiciones de determinar por sí mismo la interpretación correcta de dichos valores constitucionales supremos, siendo dicha tarea fundamentalmente política. Este razonamiento se ha pretendido hacer valer contra todo principio y contra toda función de los principios, pero como hemos visto, los principios tienen vida mucho más allá que la de servir de fines para el sustento de derechos fundamentales previos y contra la legislación. En efecto, cuando se da vida a cada uno de los subsistemas jurídicos (civil, penal, laboral, comercial, etc.), estos se construyen sobre ciertos pilares valóricos (autonomía contractual; legalidad de las penas, protección del trabajador, libertad de asociación, etc.). Todos estos valores/pilares de los subsistemas jurídicos poseen de hecho consagración constitucional, y en efecto, poseen un valor hermenéutico para llenar los vacíos de ley, en todas aquellas circunstancias en que los hechos se han alejado de la hipótesis legal original. Cuando esto ocurra, lo más probable es que existan diferentes principios en conflicto, pues, si en el Derecho del Trabajo no existe norma que resuelva el conflicto o la que existe es de obscura interpretación, lo más probable es que la protección del trabajador entre en conflicto con la libertad contractual del empleador, por lo tanto, el juez deberá ponderar entre dichos principios. No obstante ello, y como paso previo, el juez debe necesariamente considerar el principio protector a efectos de resolver el asunto sometido a su decisión, no puede resolverlo conforme a un juicio moral particular, porque, y en este volvemos sobre Dworkin; «los jueces [...] [n]o pueden leer las cláusulas morales abstractas como si se tratara de un juicio moral particular, sin importar qué tanto esa opinión les pueda atraer, salvo que la encuentren consistente en principio con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y además con las líneas dominantes de la interpretación constitucional del pasado de otros jueces».¹⁹⁴ Para efectos de entender aplicable esta afirmación dentro de nuestra área específica, debemos entender que por «diseño estructural de la Constitución como un todo», nos referimos a «la legislación laboral y de seguridad social como un todo». Nada de esto es ajeno a la interpretación que citamos en este acápite, Jesús Mercader Uguina, en efecto dicho autor señala;

¹⁹³ Mecader Uguina, *Los principios ...*, 4.

¹⁹⁴ Dworkin, «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista», 13-14.

«[P]ero los referidos “principios” poseen “valor hermenéutico” que le atribuye la propia Constitución (informarán la “práctica judicial”). La STC 19-1982, de 5 de mayo, señaló que el artículo 53.3 impide considerar a los rectores de la política social y económica del Capítulo Tercero del Título I como normas sin contenido, y obliga a tenerlos presentes en la interpretación, tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes».

No obstante, esta afirmación aún no implica que los jueces puedan derrotar normas conforme a principios constitucionales, o principios de cualquier índole, de manera tal que puedan transformarse en activistas políticos, sino que deben tener en consideración - obligatoriamente, pues son parte del ordenamiento jurídico- aquellos principios que estructuran el ordenamiento jurídico¹⁹⁵, en su labor de interpretación¹⁹⁶ e integración de normas jurídicas.¹⁹⁷

Dado que los principios han venido acompañados de la argumentación neo constitucional, que hace directamente aplicables normas de derecho fundamental (a los que se considera principios) a la relación entre privados, con la eventual posibilidad derrotar normas jurídicas que sean contrarias a este «orden inmanente de valores», es que se ha reaccionado en contra de los principios, por el riesgo en que pone a la seguridad jurídica. En estos casos, se plantea derechamente un control de constitucionalidad difuso a aplicar por parte de cualquier juez, constitucional o no, con miras a derrotar normas jurídicas válidamente sancionadas por el legislador. Así en el contexto chileno se señala «[l]enta, pero seguramente, se ha ido fortaleciendo en numerosos jueces, la convicción de que si la carta fundamental prima sobre las leyes ordinarias y si, al asumir sus cargos, juraron fidelidad a aquélla, no puedan -al ejercer su jurisdicción- traicionar su juramento y desoír el llamado de su conciencia que les ordena hacer prevalecer la Constitución».¹⁹⁸ Hoy por hoy, se critica esta concepción de la aplicación de la Constitución por cuanto contraviene la *dignidad* de la legislación y la manifestación de la voluntad política de las mayorías

¹⁹⁵ La cual es una de las funciones de los principios, ver Riccardo Guastini, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho* (España: Editorial Gedisa, 1999), 152.

¹⁹⁶ Guastini, *Distinguiendo...*, 163.

¹⁹⁷ Guastini, *Distinguiendo...*, 165.

¹⁹⁸ Lautaro Ríos Álvarez, «El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXIII (2002) 64.

parlamentarias.¹⁹⁹ Esta crítica ha irradiado a los principios en general, expresen o no derechos fundamentales, alcanzado incluso esta crítica respecto del principio protectorio laboral, llegando incluso a afirmar el laboralismo que; «la crítica hacia un uso descontrolado del principio se hace patente en este momento, dudándose, incluso, de su función como criterio de interpretación».²⁰⁰

No obstante lo anterior, el punto que se defiende en esta tesis, es que los principios poseen al mismo tiempo que un fundamento estructural para las normas jurídicas, un valor interpretativo y hermenéutico de las mismas, sin que se necesite, para sostener esta tesis, señalar paralelamente que los principios deben poder derrotar normas jurídicas válidas, si en opinión del juez, dichas normas jurídicas no respetan el fundamento valórico de los principios. En este punto, debe aclararse que los principios deben ser usados como modo de interpretar e integrar normas jurídicas en momentos de genuina duda interpretativa, de genuina laguna jurídica, o modo de dar contenido a conceptos jurídicos indeterminados, no para derrotar normas jurídicas que ha resuelto el asunto de un modo distinto al querido por el juez. Al respecto el laboralismo señala;

«[e]l principio sólo puede ser invocado y aplicado cuando se suscita una auténtica duda sobre el sentido en que ha de resolverse una determinada situación, habiéndose de optar entonces por la solución más favorable a los intereses del trabajador».²⁰¹

2. Sobre el principio protector en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social;

En efecto, debemos antes que nada responder si, el principio estructurante clásico del derecho del trabajo, el principio protector, es realmente un principio jurídico. Si buscamos reconocerle el carácter de principio jurídico, es preciso reconocer en el protector algunas

¹⁹⁹ Sergio Verdugo R. «La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales», *Revista Chilena de Derecho* 40, n.º 1 (2013): 189; «aquellas interrogantes morales que admiten respuestas alternativas (debido al desacuerdo) no debieran ser contestadas por cortes que no han sido electas y que se componen de jueces que también discrepan moralmente (como ocurre con el resto de la sociedad). Los jueces suelen estar divididos en las mismas materias que la sociedad difiere (pena de muerte, derechos reproductivos y aborto, matrimonio homosexual, etc., por lo que debiéramos respetar la dignidad democrática de la legislación. De esta manera Waldron busca proteger las leyes (la voluntad de la mayoría) de la revisión judicial».

²⁰⁰ Mecader Uguina, *Los principios ...*, 9.

²⁰¹ Mecader Uguina, *Los principios ...*, 10.

características o funcionalidad que le concedan tal carácter. Para los filósofos del derecho que miran con desconfianza los principios y su papel en la interpretación jurídica, no es fácil otorgar a una norma determinada el carácter de principio, así por ejemplo Guastini señala que «aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos: en otras palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de “principio”». ²⁰²

Los principios jurídicos están insertos en distintas áreas, los hay en relación con la razón de ser del derecho o *ratio essendi*, hay principios que conciernen a la construcción dogmática del derecho, vinculados a conceptos y doctrinas, hay principios de naturaleza general como los principios lógicos ²⁰³. Al momento de conceptualizarlos se observa una suerte de promiscuidad pues se confunden con las funciones que están llamados a cumplir dentro del ordenamiento jurídico, confundiéndolos con otras nociones como estándares, conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales, reglas jurídicas, aforismos, máximas jurisprudenciales, directrices políticas, etc. ²⁰⁴

En efecto, ha existido una proliferación de principios en el ordenamiento jurídico, lo que ha aumentado su desconfianza hacia ellos, sobre todo en un contexto en que la seguridad jurídica se ha convertido en el estándar a cumplir por parte del sistema jurídico. Pero tal como señalábamos en el acápite anterior, no es posible prescindir de la existencia de los principios, con tal que sean fácilmente reconocibles como aquellos que estructuran el ordenamiento jurídico completo o una parte de este, y ayudan de esa manera, a resolver lagunas jurídicas sean estas axiológicas o normativas. ²⁰⁵ Al respecto cabe hacer notar cómo los autores distinguen entre las distintas funciones de los principios, destacando algunos que cumplen una función ético-política basada en la fundamentación y producción de una parte

²⁰² Guastini, *Distinguiendo...*, 144.

²⁰³ Fernando Quintana Bravo, *Interpretación y Argumentación Jurídica* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 309.

²⁰⁴ Enrique Alcalde Rodríguez, *Los principios generales del derecho*, (Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003), 51.

²⁰⁵ Ignacio Núñez Leiva, «Constitución, Neoconstitucionalismo y Lagunas Jurídicas (Normativas y Axiológicas)». *Estudios Constitucionales*; 10, (2012), 522 y 525.

del ordenamiento jurídico,²⁰⁶ otros que están destinados a servir a la interpretación del derecho,²⁰⁷ y otros que sirven para la integración del derecho.²⁰⁸

Sin embargo, tal como haremos notar párrafos más adelante, la mayoría de los principios que se pueden apreciar de tales, cumplen todas estas funciones al mismo tiempo. En primer lugar, siendo la norma estructurante de un sistema jurídico en particular, dicho principio es orientativo respecto de las modificaciones legales que dicha área del derecho sufre, teniendo en ese sentido un valor ético-político, pero no por eso menos normativo. Ahora bien, precisamente por ser estructurante de un área del derecho en particular, es que servirá de guía para la interpretación de normas jurídicas obscuras y para la integración de lagunas jurídicas que pudieran aparecer. Todo ello porque para dicha interpretación e integración debe mirarse al área del derecho como un todo (diseño estructural como un todo, como diría Dworkin), y dicho carácter de unidad holística es proporcionada por los principios generales que dan estructura a dicha área normativa.

Los principios jurídicos tienen per se un determinado valor normativo, en cuanto conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita y, por ende, podemos afirmar que ellos *son* derecho²⁰⁹, son en expresiones de Díez – Picazo, auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta²¹⁰.

Hasta ahora no se cuenta en nuestro medio con un aceptable grado de desarrollo en lo relacionado con una fundamentación teórica de los principios que inspiran el Derecho del Trabajo. No ha existido una comprensión dogmática de estos como normas jurídicas, sino que como fundamento material de la norma jurídica, pero no cabe duda que tienen dicho carácter, particularmente en el caso del principio protector, que no sólo se ha consolidado a

²⁰⁶ Guastini, *Distinguiendo...*, 152; «[p]rincipios fundamentales y generales del ordenamiento se denominan así los valores ético políticos que, por un lado, informan todo el ordenamiento y, por otro, le dan fundamento y justificación».

²⁰⁷ Guastini, *Distinguiendo...*, 163; «Los principios –sobre todo los principios expresos y, entre estos, especialmente los de rango constitucional – son empleados en general para justificar una interpretación “conforme”. Se denomina “conforme” a aquella interpretación que, precisamente, adapta el significado de una disposición al de un principio, previamente identificado».

²⁰⁸ Guastini, *Distinguiendo...*, 165; «las controversias que no pueden decidirse de acuerdo a una “disposición precisa”, es decir, mediante una norma expresa, configuran otras tantas lagunas del derecho. Los principios, entonces, son reclamados aquí como instrumentos para la integración del derecho en presencia de lagunas: el juez está autorizado a recurrir a ellos después de haber intentado inútilmente un argumento analógico».

²⁰⁹ Alcalde Rodríguez, *Los principios...*, 53.

²¹⁰ Arce y Flores Valdés, *Los principios...*, 68.

nivel internacional, como un conjunto de mínimos intransables en favor del trabajador, sino que ha sido reconocido en distintos textos constitucionales y en declaraciones y tratados de derechos humanos. El principio protector ha sido la columna vertebral del Derecho del Trabajo y le ha dado continuidad, incluso ante los profundos cambios operados en el derecho del trabajo chileno – y Latinoamericano - desde su nacimiento²¹¹.

El principio protector, en tanto enunciado de carácter general ha establecido desde el origen del Derecho del Trabajo, derechos mínimos irrenunciables para proteger al trabajador subordinado y dependiente, la parte económicamente débil en la relación jurídica de trabajo, impregnando el quehacer de jueces y legisladores. Es, por tanto, un principio jurídico.

2.1 La función normativa del principio protector:

El principio protector es a nuestro entender un principio implícito en el ordenamiento laboral general, y siendo así debe ser atendido por los operadores jurídicos y particularmente por los jueces.

Ahora bien, los principios no corren solos, es preciso que atiendan a los intereses en juego para concretar el proceso adjudicatorio a casos concretos, lo que puede llegar a ser un problema.

El principio protector es el pilar fundamental del derecho del trabajo; en él se inspiran las normas y reglas de esta rama del derecho y, en tanto principio, orienta el proceso de subsunción legal cuando hay necesidad de interpretar la ley en casos difíciles (función interpretadora), ilustra el proceso legislativo (función informadora), aporta soluciones en caso de ausencia de normas (función normativa)²¹² y, en fin, sirve de filtro y de dique ante las influencias del derecho común²¹³ (función que podemos llamar delimitadora).

²¹¹ Sergio Gamonal Contreras, *El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena* (Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2013), 448-449.

²¹² Las funciones que cumplen los principios en el Derecho del Trabajo, clásicamente en Latinoamérica han sido descritas por Américo Plá en *Los principios del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires: Depalma, 1978), 11.

²¹³ Roberto García Martínez, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: teoría general de los principios e instituciones del derecho y de la seguridad social* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 173-174.

Esto significa que, en caso de dudas en cuanto a la manera de aplicar una norma o ante su inexistencia, debe preferirse la interpretación que mejor proteja al trabajador, en todo el amplio abanico de posibilidades, desde sus derechos fundamentales hasta las normas reglamentarias y técnicas que regulan la actividad en que se desempeña.

En el ámbito específico de la seguridad y salud en el trabajo, la doctrina relevante española desde hace varios años viene sosteniendo que el ámbito de la protección a que tiene derecho un trabajador, en lo relacionado con los riesgos presentes en su lugar de trabajo, abarca todo lo humano y técnicamente posible, vale decir, toda medida de prevención que estando disponible para su uso, se encamine a evitar los riesgos en el trabajo, o en su caso, a disminuirlos considerablemente, sin que para ello interese el costo económico de su implementación.²¹⁴

Esta postura se sitúa en un extremo de máxima protección, y no solo ello. Se suele agregar que la protección ofrecida sea eficaz, es decir, que las medidas de prevención de riesgos que adopte un empleador deben ser eficientes para el fin que se propone, esto es, eliminar el riesgo en el lugar de trabajo o, si ello no pudiera lograrse, reducirlo considerablemente.

Este planteamiento debe atender a la realidad que se viene observando en los últimos años, en la forma en que las entidades empleadoras desarrollan sus operaciones. Desde luego, está presente el proceso de globalización desde fines del siglo XX, que ha obligado a las empresas a adaptarse a un mundo cada vez más competitivo y flexible, y que, en tiempos de crisis, ha determinado cambios fundamentales en algunos sistemas. También, o como parte de lo anterior más bien, están las nuevas formas en que se estructura el sistema productivo, en lo relacionado con la descentralización productiva, el tamaño de las empresas, la enorme influencia de la tecnología en los procesos de producción, el modelo de empresas red²¹⁵ y la empresa de la sociedad del riesgo global²¹⁶, todos conceptos con elementos que denotan las nuevas formas que adopta el trabajo hoy, y que obligan a revisar el marco legal en que la empresa debe desenvolverse, para asegurar su viabilidad económica y futura subsistencia,

²¹⁴ Véase a Santiago González Ortega, “La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución”, en *Revista de Política Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N° 121 (1979): 210-217. También *Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales*, en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer* (España: Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006), 788-800.

²¹⁵ Manuel Castells, *La Sociedad red* (España: Alianza Editorial, 3° ed., vol. I, 2005).

²¹⁶ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global* (Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2° ed., 2006), 75-112.

pues los indicadores de eficiencia no son siempre concordantes con el enfoque de máxima protección impulsado tradicionalmente por las normas laborales.

Castells²¹⁷ nos indica que la empresa red es reconocida hoy como la forma más eficiente y flexible de producción en la economía actual; es la empresa que comparte y distribuye información y conocimiento aplicándolo a procesos de producción y de gestión a partir de redes de cooperación fundadas en las tecnologías digitales de comunicación y procesamiento de información, y de ahí se derivan la productividad y la competitividad de las empresas en el tipo de economía capitalista. El paradigma de la tecnología de la información se basa en la flexibilidad, un rasgo decisivo en una sociedad caracterizada por el cambio constante y la fluidez organizativa; cambiar de arriba abajo las reglas, sin destruir la organización se ha convertido en una posibilidad debido a que la base material de la organización puede reprogramarse, reequiparse.

También ocurre que, en tiempos de crisis económica, las normas laborales deben ceder en favor del empleo, como es en el caso español la reforma laboral aprobada por la Ley 3/2012, sobre medidas urgentes para la reforma al mercado laboral, que tuvo el propósito de abordar desde los poderes públicos la crisis económica y sus consecuencias desastrosas en el mercado de trabajo, estableciendo un marco que contribuyera a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilitara la creación de puestos de trabajo así como la estabilidad en el empleo²¹⁸, lo que se buscó obtener permitiendo, entre otras modificaciones, excepciones a los convenios colectivos suscritos, vale decir, atenuando la protección normativa laboral. En dos sentencias relevantes el Tribunal Constitucional español rechazó requerimientos de inconstitucionalidad de dicha normativa de emergencia, dando como razones que en la coyuntura económica en que se dictó la ley, entre el sacrificio para la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios potenciales para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable, ha de preferirse

²¹⁷ Castells, *La sociedad red*, iv, 104.

²¹⁸ Ignacio García Perrote et al, *La regulación del mercado laboral, un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto ley 20/2012* (España: Lex Nova, 2006), 39-40.

esto último²¹⁹; y que el escenario de grave crisis económica justifica el objetivo de flexibilidad de la regulación en materia de relaciones laborales.²²⁰

Refiriéndose a la sociedad del riesgo, Ulrich Beck pone en duda la continuidad del sistema ocupacional de fines del siglo XX y sus puntos de apoyo, que han sido la ocupación, el trabajo, la profesión, porque se prescinde de que las fases de modernización en tecnología de la información, así como en el ámbito social y jurídico conlleven un cambio que denomina constitucional en el sistema ocupacional, el trabajo remunerado cambia no de un modo transitorio sino estructuralmente.²²¹

Desde otro ángulo, se plantea el problema fundamental de la humanidad hoy: la globalización, que supone un proceso unificador a nivel mundial de las formas de producción y de consumo, superando progresivamente las diferencias culturales, mediante la consolidación del sistema económico capitalista como referente mundial, y permitiendo una mayor circulación de información, mercaderías y personas que van tejiendo un sistema global único, puesto que la perspectiva deja de ser nacional para convertirse en global.²²²

Estas realidades vienen dando cuenta de una nueva mirada que es preciso considerar respecto de las regulaciones laborales, en donde interesa buscar un equilibrio entre la protección que las normas respectivas deben ofrecer a los trabajadores, y las nuevas formas de empleo que deben ir adecuándose al marco económico en que les toca desenvolverse, dentro del mundo global. El equilibrio es fundamental, porque de no ser así tendríamos un sistema normativo muy protector en abstracto, pero que en algunos casos puede destruir fuentes de empleo; o mucho empleo, pero sin una protección adecuada, o en fin, el efecto de contar con normas propias de la sociedad industrial de fines del siglo XX que resultan imposibles de aplicar a las nuevas formas de empleo.

²¹⁹ Tribunal Constitucional de España, sentencia n°119/2014 de 16 de julio, recaída en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012 de 6 de julio.

²²⁰ Tribunal Constitucional de España, sentencia n°8/2015 de 22 de enero, recaída en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Diputados de diversas corrientes políticas, en contra de la Ley 2/2012 de 6 de julio.

²²¹ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*. (Barcelona: Paidós Ibérica, 1998), 177-178.

²²² David Dueñas I Cid, *Cambio climático y globalización*. EN: Monereo Pérez José Luis y Rivas Vallejo, Pilar, coordinadores, *“La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo”*, (Granada: Editorial Comares, 2011), 2.

Por ello hoy se habla del principio protector bidireccional. No se puede seguir pensando tan solo en los intereses de los trabajadores, pues las normas protectoras del Derecho del Trabajo siempre se contemplan con paralelo respeto en lo esencial de los condicionantes necesarios para un efectivo funcionamiento del sistema capitalista de producción, contribuyendo de este modo el ordenamiento laboral al desarrollo de la actividad económica.²²³

Esto nos conecta con la visión del Derecho del Trabajo y sus fines en el presente siglo, que dista mucho de la de otras épocas. Gaete Berríos en el año 1951 expresaba que «las leyes del trabajo en los Estados modernos tienen fines de tutela y de valorización de las clases trabajadoras», y que «hoy por hoy, los problemas sociales tienen importancia destacada en el mundo. La cuestión social es el problema fundamental de la humanidad, y de ello se puede inferir la importancia que tiene la disciplina que se ocupa de ella: el Derecho del Trabajo».²²⁴

Al nuevo entorno en que se desenvuelven las empresas se agrega la cuestión de la eficacia del ordenamiento jurídico, en orden a resguardar la vida y salud de los trabajadores como bienes jurídicos inspiradores de la norma positiva, y desde hace algún tiempo reconocidos como derechos fundamentales en el ámbito laboral. Pareciera que hacen falta otros refuerzos, orientados a un cambio en el comportamiento de los intervinientes en el proceso productivo para alcanzar esta eficacia.

¿Se encuentran estos refuerzos en el derecho internacional del trabajo, como es el caso de los Convenios de la OIT? Si bien en el origen de la regulación en este ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, la OIT jugó un importante papel, aprobando convenios específicos que poco a poco fueron dando lugar a otros más generales, el poder vinculante de estas normas es dudoso, ya que a excepción de las referidas a derechos fundamentales (en que por el solo hecho de pertenecer a la organización un país se obliga por ellos), no existen vías eficientes para el imperio, los mecanismos de control de la OIT no son del tipo coercitivo, a lo que se suma la realidad de la que venimos dando cuenta: la mayoría de los convenios de la OIT fueron adoptados bajo el paradigma fordista-taylorista de la primera

²²³ Jesús Cruz Villalón, *Compendio de Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Tecnos), 63-64.

²²⁴ Alfredo Gaete Berríos, *Principios generales de Derecho del Trabajo* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1951), 20 y 27.

mitad del siglo XX, y por consiguiente, no se tuvo en cuenta en ellos la creciente liberalización del comercio, la globalización económica y en definitiva los cambios experimentados en el mundo del trabajo.²²⁵

De otra parte, hay quienes exploran la vía del *soft law*, entendido como el conjunto de normas sin el efecto jurídico vinculante de las leyes. Las técnicas tradicionales del *hard law* en materia de protección de la salud laboral, giran en torno a un método de responsabilidades jurídicas que, como tales, ponen el énfasis en la actuación resarcitoria o sancionatoria del daño ya producido, siendo que dicha normativa difícilmente puede incidir de manera positiva sobre el futuro, pues de manera directa solo actúa compensando el daño del pasado ya causado. La práctica empresarial ha derivado en un exquisito cumplimiento de las exigencias documentales, burocráticas, superficiales de lo que se presenta al exterior, y el resultado es que en la práctica, en gran medida determinado por la preocupación por evitar la sanción administrativa, se atiende al cumplimiento principalmente documental de las exigencias legales, descuidando como efecto reflejo indeseado la organización de medios materiales dirigidos a garantizar una más efectiva seguridad en el trabajo.²²⁶

El soft law en el ámbito de la Unión Europea, comprende recomendaciones, que invitan a los Estados a actuar en un sentido sobre una concreta materia; comprende dictámenes, que contienen una opinión sobre la legitimidad u oportunidad de decisiones ajenas; las comunicaciones, que recogen de manera sistemática los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones, generalmente de la mano de la doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²²⁷ En un ámbito latinoamericano, el soft law está representado por las recomendaciones de la OIT, sus informes técnicos, y los códigos de buenas prácticas o de conducta que adoptan las empresas.

²²⁵ Ana Belén Muñoz Ruiz, *El sistema normativo de la prevención de riesgos laborales* (Valladolid: Lex Nova, 2009), 53-54.

²²⁶ Jesús Cruz Villalón, Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas, *Relaciones Laborales* n° 10 (2006): 350. El autor propone medidas de *soft law* de refuerzo, tales como extender la cultura de la prevención con participación de los trabajadores; un nuevo enfoque al poder de dirección del empleador, orientado a sancionar a quienes no adecúen sus conductas hacia la seguridad y salud en el trabajo; incorporación de reglas en la contratación administrativa en orden a la ejecución de la obra y servicio programado; difundir la cultura de la prevención; coordinación entre los entes fiscalizadores.

²²⁷ Muñoz Ruiz, *El sistema preventivo...*, 122.

Las funciones que desempeña el soft law en materia de seguridad y salud en el trabajo dicen relación con avances o alternativas del hard law, que operan como complemento, cuando no es un momento adecuado por razones de tipo político, económico o técnico para aprobar una medida vinculante; también incorporan medidas técnicas que desarrollan prescripciones normativas.²²⁸

Sin desconocer el aporte que pueden significar algunas medidas del llamado soft law, como es el caso de los códigos de conducta o de buenas prácticas, y también en el ámbito de la participación social²²⁹, nos parece que, careciendo del elemento fundamental de las normas jurídicas, esto es, del efecto vinculante, poco aportan a entregar contenido al deber de seguridad del empleador hoy regulado en el artículo 184 del Código del Trabajo.

De esta manera, pareciera ser que una forma de dar contenido real al principio protector del Derecho del Trabajo, es construir un sistema jurídico que pueda dar eficacia real a las normas protectoras de la vida y la salud de los trabajadores, las mismas que se han quedado en un nivel abstracto, que no quede simplemente en un acuerdo de buenas intenciones por parte de la empresa, por aplicación de alguna norma que pueda ser calificada de *soft law*, y que permita una adecuada actualización de los nuevos riesgos que vienen asociados a las nuevas formas de trabajo y a las nuevas tecnologías. Así, debe tenderse hacia la creación de normas sobre prevención de riesgos laborales, que obligue a la empresa -en conjunto con los trabajadores- a evaluar los riesgos laborales asociados y a crear un sistema de prevención de los riesgos derivados de la evaluación, tendientes a su eliminación o reducción.

Para construir un modelo de este tipo, podemos aprender de los modelos comparados, en especial de España, que a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, de 1995, crea un modelo que posee las características mencionadas más arriba, sin perjuicio de su adaptación a la realidad nacional, y a las modificaciones que son necesarias en orden a cumplir de manera más eficaz con el principio preventivo, según veremos en el capítulo IV de esta tesis.

²²⁸ Muñoz Ruiz, *El sistema preventivo...*, 123.

²²⁹ Se habla de nuevas estrategias reguladoras de los poderes públicos, con el propósito de mejorar la participación y la responsabilidad de los particulares en el cumplimiento de ciertos objetivos públicos, garantizando al mismo tiempo la eficacia y la coherencia de la legislación. Es el llamado “derecho reflexivo” o la “regulación de la autorregulación”. Véase Muñoz Ruiz, *El sistema preventivo...*, 306.

A partir de un modelo de prevención de este tipo, fundamentado en el principio protector, es posible dar aplicación real a las normas sobre prevención de riesgos laborales, los que sin una política real de prevención se mantienen nada más que en la abstracción normativa; se supera al mismo tiempo, la visión de hacer realidad políticas de prevención de riesgos a partir de normas del llamado *soft law*, pues las políticas de autorregulación son regladas, esto es, obligatorias, y al mismo tiempo se obliga al empleador a tener en cuenta los nuevos riesgos asociados producto del cambio en las formas de producción industrial y en la introducción de nuevas tecnologías, lo que obliga a adaptar constantemente el plan de prevención de riesgos producto de nuevas e incesantes evaluaciones de riesgos.

3. La presencia del principio protector en el Derecho del Trabajo, influencia en el medio ambiente laboral.

El Derecho del Trabajo nace con ocasión de la llamada primera revolución industrial, la que tuvo lugar a fines del siglo XVIII en Gran Bretaña, acompañada de la migración del campo a las industrias, que comenzaron a crearse gracias al avance de la técnica – como la máquina a vapor - que, incorporada al trabajo, vio nacer un nuevo sistema de trabajo. Este se caracterizó por cambios fundamentales en la organización social, pues acá nacería la llamada *cuestión social*, y por ningún tipo de protección para quienes realizaban estos nuevos trabajos, en jornadas laborales extenuantes, con condiciones ambientales deplorables, en que trabajaban niños y adultos sin distinción.

El movimiento sindical nace con ocasión de este importante momento de la historia, al organizarse los trabajadores para obtener mínimos resguardos en las condiciones en que trabajaban. Los primeros logros de esta lucha social vinieron dados por la limitación de las jornadas de trabajo y del trabajo de mujeres y niños, así como por el establecimiento de medidas de seguridad en los recintos de trabajo. Todos estos logros dieron nacimiento con el tiempo a las primeras leyes protectoras del trabajo.²³⁰

²³⁰ Véase para una pormenorizada historia del Derecho del Trabajo en Chile a Willian Thayer Arteaga. «Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno», *Estudios Públicos* 54 (1994), 223-241. Y para la historia del Derecho del Trabajo en España, véase a Antonio Martín Valverde, Estudio preliminar, pp. XIII a CXIV. EN: Antonio Martín Valverde, Manuel Palomeque López, Fernando Pérez Espinosa, Fernando

La protección del hombre que trabaja ha sido desde el origen la razón de ser y el sentido de las normas laborales, del Derecho del Trabajo, y por ello es por lo que, durante el siglo XX el principio protector es reconocido por la dogmática y hasta hoy como un principio básico de la disciplina. Así, en su momento se planteó como el criterio fundamental orientador del Derecho del Trabajo, que en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador, ya que mientras en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parecía ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes.²³¹

En el proceso de gestación del Derecho del Trabajo, el principio protector tuvo una función normativa básica, favoreciendo el establecimiento de leyes que fijaron estándares básicos para el trabajo, tales como jornadas máximas, salario básico y edad mínima para trabajar. Una vez cumplida esta función, el principio ha ido nutriéndose de otros contenidos, como es el caso de la incorporación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, dotándolo así de valores fundamentales; también de la creación de normas para trabajadores autónomos o independientes; la consagración de procesos orales laborales o la regulación minuciosa del sistema de descentralización productiva²³². El desafío actual está dado por el logro del fin protector en las nuevas formas de trabajo y ello lo ha entendido muy claramente la OIT al impulsar la iniciativa de su centenario relativa al futuro del trabajo²³³.

La influencia del principio protector en la aplicación de normas laborales y más específicamente en la protección de la seguridad y salud en el trabajo es innegable, de lo que da cuenta la jurisprudencia judicial en los casos en que ha debido pronunciarse sobre la responsabilidad civil del empleador por incumplimiento a su deber de seguridad, una vez que el riesgo se manifestó. A Ello nos referimos en el Capítulo II.

Valdés Dal Ré, M. Emilia Casas y Joaquín García Murcia, *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936* (España: Publicaciones del Congreso de los Diputados), 1987.

²³¹ Plá, *Los principios del derecho del trabajo...*, 23.

²³² La regulación de la descentralización productiva y el establecimiento de procesos orales laborales han sido aspectos consagrados en las legislaciones de Latinoamérica desde fines del siglo XX.

²³³ Para mayores detalles sobre la iniciativa relativa al futuro del trabajo de la OIT, véase <http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang--es/index.htm>

Estimamos que el principio protector puede en lo sucesivo aportar contenidos al deber de seguridad del empleador, proponiendo un sistema de protección a la seguridad y salud laborales orientado a la gestión eficiente de los riesgos que genera la actividad del empleador, antes de que estos riesgos se manifiesten en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; de esta forma, la protección se manifiesta a los efectos del deber de seguridad del empleador, en el deber de prevenir. En la forma en que se ha entendido hasta ahora en nuestra cultura jurídica, el principio protector no se satisface, porque opera una vez que estos riesgos se actualizan y exclusivamente para sancionar al sujeto responsable, que es muchas veces el empleador.

4. El principio preventivo y el principio precautorio en el medio ambiente laboral.

¿Por qué ocuparse de los principios preventivo y precautorio a propósito del estudio del deber de seguridad del empleador? Nos parece que, al vincularse directamente con la gestión de los riesgos laborales y ambientales, dan contenido al deber de seguridad del empleador, particularmente en la forma en que se establece en la legislación chilena a través del artículo 184 del Código del Trabajo y dado el escaso desarrollo normativo que lo complementa.

Monereo lo grafica muy bien al expresar que a cada tipo singular de riesgo ha de corresponder la aplicación de un principio diferenciado. Si el riesgo resulta desconocido será necesario atender a la aplicación del *principio de exoneración*; en el caso de que el riesgo sea incierto será preciso reclamar el *principio de precaución*; si el riesgo es probado o demostrado habrá que proceder a aplicar el *principio de prevención*; y, por último, en el caso de que el riesgo se ha producido o actualizado ya, será aplicable el *principio de reparación*.²³⁴

En este iter del riesgo trataremos en particular los principios preventivo y precautorio, pero antes, es preciso fijar los contornos del riesgo en que inciden tales principios.

²³⁴ José Luis Monereo Pérez, *Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente* (Granada: Editorial Comares, 2011), 351-352.

4.1 Delimitación del riesgo

La selección de riesgos representa un problema teórico y también práctico; saber quién o qué decide si un riesgo en cuanto tal ha de ser considerado o no²³⁵, tiene implicancias para los efectos de su gestión y de las responsabilidades inherentes. Por mucho tiempo se estimó que la potencialidad lesiva del trabajo era algo inherente al mismo, uno de sus indeseables efectos colaterales, una contingencia absolutamente inevitable cuya actualización solo cabía achacar a la pura fatalidad; era un tributo que pagar por el progreso que ni siquiera merecía repudio moral y frente al que nada podían hacer los titulares de los medios de producción ni los poderes públicos.²³⁶

Sin embargo, con el avance de la técnica y del conocimiento, no solo se comprenden mejor los riesgos, sino que muchas veces pueden advertirse antes de su manifestación. Entonces, se hace evidente la importancia de delimitar los riesgos a los cuales está referido o en los que incide el deber de seguridad, materia objeto de nuestro estudio.

La legislación chilena contempla una noción de riesgo asociada a seguridad social, frente a la ocurrencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Así, el artículo 1° de la Ley N°16.744 establece: «Declárase obligatorio el seguro social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, en la forma y condiciones establecidas en la presente ley». En la misma línea se encuentran las normas sobre prevención de riesgos que esta ley considera en su Título VII llamado «De la prevención de riesgos profesionales», entre los artículos 65 y 71, todos los cuales están referidos a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Esta primera delimitación no nos parece eficiente a los efectos de determinar el contenido del deber de seguridad del empleador, porque se trata de un seguro social, que como tal, parte del supuesto de una responsabilidad objetiva típica de coberturas de seguridad social y como consecuencia de la consagración de la teoría del riesgo social que inspiró la Ley N°16.744.

²³⁵ Muñoz, *El sistema normativo...*, 34.

²³⁶ Francisco Lozano Lares, *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*, (Madrid: Editorial Cinca, 2014), 91.

Una aproximación diferente es la que nos permite hacer el artículo 184 del Código del Trabajo, precepto que consagra el deber de seguridad del empleador en los siguientes términos: «El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.»

De acuerdo con este precepto, riesgo es todo aquello que pueda afectar la vida y salud de los trabajadores, independiente de la efectiva ocurrencia de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, los que en todo caso la entidad empleadora debe prevenir. Se observa en esta norma una cierta graduación de los riesgos: unos que pueden ocasionar accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y otros que aun cuando no ocasionen estos tipos específicos de riesgo, de todas maneras, puedan afectar la vida y la salud de los trabajadores.

Un último elemento emana del artículo 184 del Código del Trabajo en la parte que comentamos: el riesgo al que se asocia el deber de seguridad del empleador es el inherente a «las faenas», vale decir, a las operaciones que estén a cargo del empleador, lo que resulta de toda lógica, puesto que solo es posible atribuir un deber de tal envergadura respecto de riesgos que estén o puedan estar bajo el control del empleador, o en otras palabras, aquellos derivados de las operaciones en que el empleador ejerce su poder de dirección.

Esta forma de delimitar el riesgo en materia de seguridad y salud en el trabajo nos parece más acorde con el principio protector que inspira el Derecho del Trabajo.

A este respecto, consideramos que el peligro de indeterminación del riesgo y de su consideración ilimitada dentro del deber de seguridad del empleador no es tal. El principio preventivo al que nos referiremos a continuación tendrá que hacer lo suyo: como derivación del principio protector del derecho del trabajo, entendido de la manera que hoy se visualiza. Así, el empresario deberá realizar una buena evaluación de riesgos, de aquellos que estén presentes o puedan existir en sus operaciones normales, habituales, para luego gestionarlos. Es el aporte del principio preventivo al principio protector, puesto que no es posible exigir al empleador que asuma riesgos que le son ajenos.

4.2 Principio de prevención

Prevención en sus dos primeras acepciones en el Diccionario de la RAE aparece como «acción y efecto de prevenir» y «preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo».

Elevado al rango de principio, implica entonces una regla de conducta, una acción, que obliga a evitar un riesgo con acciones previas. Y entendido como fuente del derecho, la prevención ha de irradiar sus efectos en la aplicación o interpretación de las normas que, en lo que nos interesa, buscan proteger el medio ambiente laboral.

Como se puede observar, su influencia pudiera llegar a ser relevante y de no aplicarse adecuadamente, puede arrasarse con el principio protector. Una mala orientación dada por el principio preventivo trae como consecuencia una menor protección del ambiente de trabajo, o derechamente una desprotección. De ello se sigue una vez más que el principio de prevención es una concreción del principio protector dentro del ámbito del deber de seguridad del empleador.

El principio de prevención surge a propósito de riesgos laborales conocidos, no solo aquellos propios de las operaciones del empleador, pero en todo caso presentes en la actividad laborativa. Son posibilidades concretas de riesgos que inciden en forma directa en la salud y seguridad de las personas que justifican la intervención normativa. El principio de prevención se ampara en la actuación inmediata buscando evitar el daño, no en la eficacia disuasoria, pues no tendría sentido, sino en el de evaluar, descubrir, controlar y corregir de forma previa los focos de riesgo²³⁷. De esta manera, el principio apunta a riesgos laborales conocidos, previsibles por el empleador, que deben ser gestionados activamente, y en ningún caso se agota en la sanción de las conductas que causan riesgos laborales.

Por ello, el principio de prevención comporta un deber u obligación abierta de evaluación, comprobación y análisis del riesgo, siempre dinámica y en consonancia con los avances técnicos, lo que genera una obligación de optimización de las medidas preventivas. Las medidas positivas deben estructurarse de tal forma que sean lo suficientemente flexibles

²³⁷ Luis Ezquerro Escudero, *La importancia de los riesgos ambientales y la salud laboral en las empresas. Visión sindical* (Granada: Editorial Comares, 2011), 131.

para permitir esta protección dinámica, pero sin lesionar el principio de seguridad jurídica.²³⁸

4.3 Evolución del principio de prevención:

Para entenderlo su real dimensión es conveniente recordar sus orígenes, identificados más que en fechas concretas, en etapas de desarrollo de la protección de la seguridad y salud en el trabajo²³⁹. Se observan a lo menos tres fases: una primera, que responde a un contenido médico sanitario; una segunda, que se enmarca en una concepción higienista e industrial, y la tercera, que aborda la mejora en las condiciones de trabajo.

En la primera fase, ciertamente no está presente el principio preventivo, porque la protección ha estado acotada a la reacción del sistema de seguridad social ante accidentes o enfermedades, ocupándose de recuperar la salud del trabajador. Es la etapa de la «seguridad e higiene en el trabajo» en donde la seguridad se asocia a la atención de daños derivados de accidentes del trabajo y la higiene hace lo suyo respecto de enfermedades profesionales. Este contenido no implica por sí solo la existencia de un derecho subjetivo de los trabajadores, sino la necesidad de establecer en los centros de trabajo condiciones materiales y técnicas²⁴⁰ que eviten tales infortunios.

La segunda etapa se caracteriza por el inicio de una fase propiamente prevencionista. Se suelen ver regulaciones sobre límites de exposición de los trabajadores a determinados riesgos en el lugar de trabajo y sobre control de las medidas de vigilancia de tales riesgos. Chile se encuentra en esta fase.

La mejora de las condiciones de trabajo es la tercera fase de desarrollo en la protección de la vida y salud de los trabajadores. Esta protección en algunos modelos se observa a través de un estándar de *razonabilidad y factibilidad* (como es el caso anglosajón), que ha dado lugar a la introducción de la categoría de riesgo consentido o tolerado, por el que se reconoce para el trabajador un área de peligro que no es posible eliminar, en cuanto está dominada por la prevalencia del interés en la producción. En otros modelos, como el

²³⁸ Ezquerro et al., *La importancia de los riesgos ambientales...*, 132.

²³⁹ Salvo indicación de contrario, en la descripción de las fases de desarrollo de la protección seguiremos a Manuel González Labrada, *Seguridad y Salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, (Barcelona: Editorial Comares, 1996), 198-207.

²⁴⁰ Lozano, *El tratamiento jurídico...*, 62-63.

español, impera el estándar de la *máxima seguridad tecnológicamente factible* según el cual todo riesgo debe ser prevenido independiente del costo económico que ello implique.

Esta tercera etapa es la de la *seguridad integrada*, es decir, de la necesidad de dar satisfacción a la prevención en toda fase o proceso empresarial, en forma unitaria, y que en el caso europeo se consagra en la Directiva Marco 89/391/CEE, en la cual la seguridad integrada se eleva a principio general de seguridad, unida al principio de adaptación del trabajo a la persona y demás principios de prevención específicos - que en la transposición al derecho español, hoy figuran en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L.P.R.L.). Deberán valorarse anticipadamente los potenciales efectos nocivos que la actividad laboral produce para la vida, integridad y salud del trabajador, para a continuación adoptar las medidas correctoras y el acondicionamiento del lugar de trabajo y adaptarlo a las características personales del trabajador²⁴¹. Esta directiva impondrá a sus destinatarios vínculos de comportamiento no subordinado a consideraciones de naturaleza económica.

Se suele identificar el inicio de esta tercera etapa con la adopción del Convenio 155 de la OIT en el año 1981, en que se comienza a hablar de «seguridad y salud de los trabajadores», es decir, se reemplaza el viejo término «higiene» por el de «salud», poniendo el acento en el destinatario de la protección exigida²⁴². Nace para el trabajador un derecho subjetivo en lo relacionado con la protección de su seguridad y su salud.

Se ha sostenido que desde una perspectiva prevencionista, la obligación de seguridad del empleador queda delimitada en última instancia por las medidas exigidas por las circunstancias, para hacer desaparecer las situaciones peligrosas y mejorar la prevención de los accidentes, pues la obligación va más allá del cumplimiento formal de la normativa de prevención para garantizar la efectividad de la seguridad del trabajador. Y que, desde una perspectiva contractual, no se trata de individualizar un comportamiento sino de determinar los contenidos especificadores de la obligación de seguridad para que, como instrumento de

²⁴¹ González, *Seguridad y salud en el trabajo...*, 333.

²⁴² Lozano, *El tratamiento jurídico...*, 64.

tutela al servicio de la prevención, pueda cumplir con su función de norma de clausura del sistema de prevención y garantizar la protección eficaz.²⁴³

Este principio, en su fase más evolucionada, debe entonces orientar la conducta del empleador para el proceso de evaluación y gestión de los riesgos que sus operaciones puedan crear, con la finalidad de prevenir los riesgos y no de reparar los daños. Esta es la influencia del principio en el marco protector de la seguridad y salud laboral.

Nos parece que la etapa de evaluación de los riesgos es determinante en una prevención eficaz. Es manifestación de la característica de previsibilidad típica del principio de prevención. Naturalmente, luego vendrá la planificación y adopción de medidas concretas, y la vigilancia permanente de todo el proceso.

Se dice que no basta con estimar las circunstancias de las que pueda derivar alguna clase de riesgo y adoptar las medidas correspondientes, debe procederse a individualizar y, además, cuantificar exactamente los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. En este sentido, la evaluación de los riesgos vendría a marcar aquella diligencia que es exigible en el ámbito de control del deudor. La evaluación del riesgo como parte integrante de la obligación contractual del empleador permite superar las limitaciones de las normas reglamentarias de prevención y adaptar la protección a las exigencias reales derivadas de la particular actividad desarrollada, al nivel tecnológico implantado y al estado de la técnica existente al momento de proceder a la evaluación. En la medida que el empleador conozca los riesgos, tendrá que neutralizarlos si quiere cumplir con su obligación y eludir su responsabilidad.²⁴⁴

El cumplimiento del deber de diligencia del empleador se mide en función de la previsibilidad del riesgo, debiendo responder del mismo solo en caso de que haya sido capaz de prever el resultado. Entonces la previsibilidad se manifiesta en la obligación de evaluar los riesgos.²⁴⁵

El principio de prevención, entendido en su fase más desarrollada de protección, exige por otra parte la consideración del estado de la técnica existente al momento de cumplir con la

²⁴³ González, *Seguridad y salud en el trabajo...*, 318-319.

²⁴⁴ González, *Seguridad y salud...*, 338-339.

²⁴⁵ González, *Seguridad y salud...*, 352-353.

obligación de seguridad, con independencia de que la normativa reglamentaria se adapte o no a dicha evolución técnica. La posibilidad técnica, como circunstancia extrínseca que matiza singularizadamente cada obligación de seguridad, concurre como un elemento más de valoración del esfuerzo que ha de realizar el empleador para superar las dificultades derivadas del cumplimiento de su obligación e impuestas por la actividad empresarial. Luego, se le exonerará de responsabilidad respecto de toda obligación que sea imposible, física o jurídicamente, cuando la imposibilidad es ajena a la voluntad del obligado.²⁴⁶ Se trata en definitiva de las eximentes generales de responsabilidad, esto es, el caso fortuito y la fuerza mayor.

Pero más allá de las eximentes generales que contempla el ordenamiento jurídico, habrá que atender al matiz que entregan el *principio de máxima seguridad tecnológicamente factible* recogido por la Directiva Marco 89/391 de la Unión Europea y por el modelo español, en cuya virtud no interesa el costo económico de la técnica para exigir su incorporación al empleador, o bien el *principio de seguridad razonablemente factible* presente en el Reino Unido, cuyos tribunales consideran que el empresario no ha incumplido su obligación de seguridad si, a pesar de no adoptar todas las medidas para eliminar los riesgos debido a su elevado costo, informó adecuadamente a los trabajadores de los riesgos existentes.

Cualquiera que sea el principio a adoptar, la medida de exigencia para la incorporación de la técnica debiera ser aquella disponible en el mercado para el empleador y no aquella técnica ya creada pero inalcanzable por su alto costo (como sería el caso de tecnología creada recientemente por la NASA), lo que debiera fijarse caso a caso.

Ya referimos la forma en que se aborda el riesgo en el ordenamiento jurídico chileno, tanto desde el sistema de seguridad social como desde la escasa regulación en el Código del Trabajo. No tenemos mayor desarrollo en lo relacionado con la prevención de riesgos laborales en esta fase más desarrollada que hemos expuesto, y que pone todo el énfasis en la prevención antes que en la reparación del daño.

²⁴⁶ González, *Seguridad y salud...*, 354-355.

En el caso de España, el artículo 4.1 de la L.P.R.L. dice que «se entenderá por prevención el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo». De este concepto deriva que la actuación preventiva debe dirigirse a evitar la presencia de riesgos en el entorno laboral. Partiendo de la evidente premisa de que el riesgo cero, o la ausencia absoluta de riesgo es una situación utópica e inalcanzable, el hecho de que la normativa de prevención de riesgos señale como primera y principal obligación la eliminación del riesgo laboral en su origen pone de relieve que la actuación prioritaria debe ir dirigida a eliminar los factores de riesgo y solo en forma subsidiaria, cuando no puedan ser eliminados, las actuaciones preventivas deben ir orientadas a reducirlos.

El sistema español concibe la prevención de riesgos laborales como una actividad que debe integrarse en el conjunto de la empresa, a todos los niveles, debiendo gestionarse en el momento en que se diseña el proyecto empresarial. Los instrumentos para ello los señala la L.P.R.L.: evaluación de riesgos, planificación de actividad preventiva, lo que dará lugar a un plan de prevención.²⁴⁷ Hemos dicho anteriormente que la evaluación de riesgos es la medida básica de diligencia del empleador y el sistema español la desarrolla a partir de los principios de la acción preventiva, tanto generales como específicos.

La L.P.R.L. denomina «principios generales de la acción preventiva» a los contenidos en el artículo 14, que cumplen funciones que contribuyen al paso de la determinabilidad de la deuda a su determinación y que asisten al intérprete en el correcto desempeño de su labor hermenéutica. Cumplen la labor de perfilar y concretar la deuda de seguridad. Estos principios generales son trascendentes en tanto que son los que definen en cada momento la obligación de seguridad a partir de las circunstancias inherentes al trabajo y los riesgos que de él se derivan. Su importancia radica en la idea de conjunto que proyectan y en los condicionantes interpretativos que significan a la hora de la delimitación del alcance y contenido de las obligaciones empresariales.²⁴⁸

Sobre la idea del realce preventivo que los principios están llamados a cumplir y a lo acertado de recurrir a la técnica de los principios y el papel de los mismos, hay posiciones.

²⁴⁷ José Ignacio García Ninet (dir.) Jesús Barceló Fernández (coord.) Susana Moreno Cáliz (coord.), *Manual de prevención de riesgos laborales* (Barcelona: Atelier, 4 ed., 2017), 370-372.

²⁴⁸ María Teresa Igartúa Miró, *La obligación general de seguridad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 72-73.

Se ha afirmado que no queda establecido con claridad hasta donde un criterio o medida es permitido o prohibido, pero posibilita un control a posteriori o negativo para el caso de que la empresa no siga la dirección apuntada por los mismos. Este es uno de los mayores inconvenientes de las interpretaciones que se realizan de la norma, origina problemas de inseguridad jurídica del empresario que no podrá tener certeza a priori de haber satisfecho la deuda de seguridad.²⁴⁹

De otra parte, se sostiene que el valor de los principios generales de la acción preventiva radica en ser principios inspiradores de la actividad preventiva a desempeñar por el empresario, por tanto, pautas interpretativas de la compleja deuda empresarial, esto es, permiten la especificación de la deuda de seguridad, complemento señaladamente abierto de la deuda de seguridad.²⁵⁰

Nos parece que esta segunda posición va más acorde con la naturaleza del deber de seguridad, que en tanto concepto jurídico indeterminado, debe establecerse en cada caso concreto, para lo cual estos principios generales resultan fundamentales.

Enseguida, bajo el título «el contenido preventivo de los principios» el artículo 15 de la L.P.R.L. fija una serie de «principios de acción preventiva», son principios específicos que sirven para concretar la obligación de seguridad y que constituyen importantes criterios interpretativos más concretos en la materia. En ellos se encuentra la filosofía inspiradora de la norma, de modo que la actuación empresarial debe orientarse por dichos principios. Son pautas de conducta para el cumplimiento de la obligación de seguridad, que realzan su carácter esencialmente preventivo. De tales principios se extrae que, si un riesgo puede evitarse o reducirse, hay que evitarlo; además, hay que ir a su fuente para evitarlo en origen.²⁵¹

Se colige así que, en el caso español, la prevención es un principio, que, si bien orienta el proceso de subsunción legal, no tiene autonomía como fuente de producción de normas, desde que aparece con ocasión de la L.P.R.L. y acotado a las medidas preventivas que dicha normativa detalla. Por ello parece osada la propuesta de aplicar a los efectos de esta

²⁴⁹ Igartúa, *La obligación general de seguridad...*, 74.

²⁵⁰ Igartúa, *La obligación general de seguridad...*, 76.

²⁵¹ María Teresa Igartúa Miró, *Sistema de prevención de riesgos laborales* (Madrid: Tecnos, 3º ed., 2015), 142-145.

ley, el principio precautorio que explicaremos más adelante, bajo el argumento que no habría límite alguno en el ordenamiento jurídico español que impida su libre adopción por las partes²⁵².

¿Puede dotar de contenido el deber de seguridad del empleador, ante la inexistencia de normas que precisen de manera detallada las acciones concretas para evitar o disminuir los riesgos del medio ambiente laboral? El aporte del principio preventivo parece una vez más evidente: exige la evaluación de riesgos que luego servirá para medir la diligencia del empleador en el cumplimiento de su deber de seguridad.

No es posible lograr un medio ambiente con ausencia absoluta de riesgo y dada esta evidente realidad, es preciso que, desde el exterior, desde el ordenamiento jurídico, venga fijado el estándar mínimo de cumplimiento de la actividad preventiva necesaria para controlar los riesgos conocidos, en la medida en que éstos sean imposibles de eliminar. De no ser así, el empleador podría tender a fijar su labor preventiva a conductas mínimas e insuficientes, o bien podría darse el caso de extremar su evaluación de los riesgos al punto de hacer inviable su operación. Son cuestiones de sentido común. Es esta una materia en que no debiera existir espacio a la discrecionalidad de los intervinientes.

4.4 Principio de precaución

Ante la incertidumbre de nuevos riesgos y la ineficacia del sistema normativo tradicional para regularlos, se observa en modelos comparados un cambio en el centro de protección, desde el modelo de previsión – basado en el principio preventivo – hacia un modelo de incertidumbre. Este tránsito ha producido, entre otros efectos, las insuficiencias y lagunas de las normas de seguridad, lo que ha motivado la configuración de un principio jurídico que resuelve los problemas de forma diferente, a través de una tutela más temprana, basada en la cautela.²⁵³

El principio de precaución encuentra su origen más directo en la política medioambiental alemana y de ahí se consagra en diversos textos internacionales, extendiendo progresivamente su aplicación al ámbito de la protección de la salud. También se le conoce como *vorsorgeprinzip*, de *cautela*, *precautionary principle* o *príncipe de précaution*.

²⁵² Moreno, «El principio de precaución y la democratización del riesgo»..., 127.

²⁵³ Muñoz, *El sistema normativo...*, 103-104.

Es un principio de aplicación general, que ha de ser tomado en consideración en diversos sectores vinculados a la seguridad y la tutela de las personas. Es la incertidumbre científica el supuesto base de la aplicación del principio de precaución y la que lo diferencia del principio de prevención, que parte de un riesgo verificable objeto de demostración. El principio de precaución, a pesar de la inexistencia de certeza científica, tratará de neutralizar o evitar la existencia de posibles situaciones de riesgos hipotéticos o probables.²⁵⁴

Se agrega que, si bien la precaución opera en un marco de incertidumbre científica, es necesario que existan «buenas razones», o la perspectiva de un daño grave e irreversible, para creer que el producto o actividad en cuestión constituye un peligro para la salud o el medio ambiente²⁵⁵.

Su reconocimiento internacional se observa por primera vez en la Carta Mundial de la Naturaleza en 1982 con el Principio 11; fue recogido por la OCDE a partir de 1987 con ocasión de diversas Declaraciones ministeriales emitidas a lo largo de varias Conferencias internacionales para la Protección del Mar del Norte y no ha dejado de extender su aplicación. Fue formalizado en el Principio 7 de la Declaración ministerial sobre el desarrollo sostenible adoptada en Bergen el 15 de mayo de 1990 por los Estados miembros de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas y de la Comisión Europea de las entonces Comunidades Europeas encargada del Medio Ambiente. Se afianzó en el año 1992, culminando su consagración general en la Declaración de Río de 1992.²⁵⁶

El Principio 15 de la Declaración de Río establece: «Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente». Luego se diría en

²⁵⁴ Monereo et al., *Integración de la gestión de riesgos...*, 351-352.

²⁵⁵ Roberto Andorno, *Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos* (Granada: Editorial Comares, 2004), 29. En el mismo sentido, Muñoz, *El sistema normativo...*, 108.

²⁵⁶ Patricia Jiménez Parga, *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente* (Madrid: La Ley, 2001), 76-79.

el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático²⁵⁷, que debe tomarse en consideración el costo económico de las medidas de precaución.

De esta forma, nace vinculado al medio ambiente en general y tiene un rápido reconocimiento en el derecho internacional de incidencia europea. Cabe puntualizar que su recepción no es universal. La Corte Internacional de Justicia, en los casos en que se ha planteado el tema, ha evitado pronunciarse acerca de la aplicación directa del principio de precaución; Estados Unidos ha adoptado en los foros internacionales una actitud contraria al mismo, al que presenta como un freno para el libre comercio internacional y como una excusa de los países europeos para la adopción de medidas proteccionistas^{258 259}. Se sostiene en esta línea que las jurisdicciones internacionales se muestran hasta el momento reservadas en cuanto a una aplicación directa y autónoma del principio, debido a las consecuencias económicas y sobre el mercado que pueden producirse como consecuencia de su aplicación.²⁶⁰

Se observa que el principio de precaución ha ido desarrollándose en áreas vinculadas al medio ambiente, consumidores, alimentación, salud humana, animal y vegetal, siendo un factor en consideración en las negociaciones internacionales en lo relacionado con la protección del medio ambiente y la salud²⁶¹. También tiene impacto en el derecho penal, por la derivación hecha desde las materias específicas en que tiene presencia para castigar los daños y también los riesgos a través de figuras delictivas de peligro²⁶².

En la dogmática europea existe discrepancia en torno a si se trataría de un principio con capacidad de crear normas jurídicas, o bien si tan solo es un principio orientativo para las

²⁵⁷ Adoptado el 9 de mayo de 1992 y en vigor desde el 21 de marzo de 1994.

²⁵⁸ Andorno et al, *Validez del principio de precaución...*, 25.

²⁵⁹ Por estos motivos la dogmática anotada en este acápite es fundamentalmente europea.

²⁶⁰ Moreno, «El principio de precaución y la democratización», 116.

²⁶¹ Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132042> <fecha de consulta: 9.10.2017>

²⁶² En España existen dos tipos penales insertos dentro del acápite de delitos de peligro en el Código Penal. El artículo 316 que tipifica: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.” Y el artículo 317 que establece una figura atenuada: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.” Para la determinación de estas figuras penales sin duda que el principio precuatorio es de utilidad.

políticas públicas.²⁶³ Estimamos que en la medida que oriente conductas, dé contenido a conceptos jurídicamente indeterminados – como es el deber de seguridad del empleador en Chile – o derechamente llene vacíos normativos, puede tener el carácter creador de normas y reglas jurídicas que algunos pretenden discutirle.²⁶⁴ Ya se ha dicho que la aplicación del principio de precaución puede jugar un papel fundamental en la reformulación de nuevos instrumentos de tutela laborales.²⁶⁵

El principio de precaución, como hemos dicho, se menciona en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tiene, dentro del marco de la Unión Europea, ciertos principios específicos y generales de aplicación²⁶⁶.

Los principios generales son: i) la proporcionalidad entre las medidas adoptadas y el nivel de protección elegido; ii) la no discriminación en la aplicación de las medidas; iii) la coherencia de las medidas con las ya adoptadas en situaciones similares o utilizando planteamientos similares; iv) el análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la inacción, y v) la revisión de las medidas a la luz de la evolución científica.

Y los principios específicos son: i) evaluación científica lo más completa posible y la determinación, en la medida de lo posible, del grado de incertidumbre científica; ii) determinación del riesgo y de las consecuencias potenciales de la inacción, y iii) participación de todas las partes interesadas en el estudio de medidas de precaución, tan pronto como se disponga de los resultados de la evaluación científica o de la determinación del riesgo.

A propósito de los principios medioambientales generales emanados del principio de precaución, han ido desarrollándose criterios en torno a situaciones en que es dable introducir una modulación, una adecuación, atendidas las condiciones particulares en que

²⁶³ Da cuenta de esta discrepancia en detalle Carlos María Romeo Casabona, *El principio de precaución en las actividades de riesgo...*, 26-27.

²⁶⁴ Véase a Olivier Godard, *De sur la nature du principe de précaution*. EN: E. Zaccai/J. N. Missa, *Le principe de precaution. Significations et consequences*. Bruxelles: Université de Bruxelles, 2000, citado por Romeo Casabona, *El principio de precaución...*, 27.

²⁶⁵ Moreno, «El principio de precaución y la democratización del riesgo», 114.

²⁶⁶ Comisión de las Comunidades Europeas, *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución*. En: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52000DC0001> [fecha de consulta: 22 de octubre de 2017]

se dan. Damos cuenta de ellas a continuación, por su pertinencia a propósito del deber de seguridad:

4.4.1 El factor temporal:

A la hora de establecer un régimen de responsabilidad por daños medioambientales, uno de los aspectos más controvertidos y debatidos es su aplicación temporal. La regla general es la no aplicación retroactiva de la nueva norma, pues de lo contrario se vulnerarían varios valores constitucionales, como la seguridad jurídica. De otra parte, la no aplicación retroactiva puede traer consigo una ruptura con otro de los principios que rigen la responsabilidad medioambiental: quien contamina paga, en tanto que la restauración del daño sería llevada a cabo por parte de los poderes públicos y no el propio sujeto que ha causado el daño.²⁶⁷

La aplicación retroactiva de un sistema de responsabilidad ambiental implica que una persona que ha realizado una actividad en el pasado y ha causado un daño ambiental, sea declarada sujeto responsable del daño, debiendo hacer frente a los costos de la reparación aun a pesar de que, en el momento en el cual llevó a cabo la conducta dañina, esta era lícita y por tanto no tenía el deber legal de reparar el daño.²⁶⁸

Con respecto al tema de la retroactividad, se apunta que el causante del daño que inició en su día una actividad y causó daños ambientales, con el consiguiente costo que esto supone para los poderes públicos, obtiene un beneficio indirecto no solo a consecuencia de los costos que supone la reparación, sino también de los costos que ahorró por no adoptar las medidas necesarias para evitar que se cause el daño, y que con toda probabilidad el causante hubiese adoptado si en su día la normativa le hubiese impuesto el deber de restauración ambiental. Este enriquecimiento sería una de las causas que podrían justificar la retroactividad de la normativa ya que de lo contrario las medidas las estaría llevando a cabo la sociedad en su conjunto mediante fondos públicos.²⁶⁹

²⁶⁷ Javier García Amez, *Responsabilidad por daños al medioambiente* (Navarra: Thomson Reuters, 2015), 69.

²⁶⁸ García, *Responsabilidad por daños al medioambiente*, 70.

²⁶⁹ García, *Responsabilidad por daños al medioambiente*, 82, citando a José María Baño León, *Los suelos contaminados: obligación de saneamiento y derecho de propiedad*, RADA, N° 2,2002.

Mayoritariamente en el ámbito del derecho ambiental europeo se ha sostenido que el principio quien contamina paga, cede en favor de la no aplicación retroactiva de la nueva norma, y no existe obstáculo alguno, para que sea la administración del Estado quien haga frente a los daños ambientales, con cargo a fondos públicos, de modo que en este supuesto las cargas las asume la colectividad mediante fondos de compensación para la reparación del daño²⁷⁰.

4.4.2 Los estándares ambientales:

El concepto de daño objeto de reparación constituye un concepto legal, es el legislador la persona encargada de delimitar qué daño debe ser o no reparable. La casi totalidad de las acciones humanas generan algún tipo de daño ambiental, e incluso el propio medio ambiente se daña a sí mismo. Diariamente se están produciendo daños con acciones cotidianas: conducir, la emisión de gases por parte de empresas a la atmósfera, los vertidos a las aguas, etcétera.

Por ello surge el concepto de estándar ambiental, que viene a marcar la frontera entre el daño no permitido y el socialmente tolerado. La opción de decidir cuándo nos encontramos ante uno y cuando ante otro es una tarea atribuida al legislador, aunque en algunos casos venga impuesta por tratados internacionales o normativa regional. Los estándares ambientales están conexos con el carácter significativo del daño, puesto que para que este sea reparado ha de revestir una cierta relevancia.²⁷¹

¿Son las normas ISO 14000 un estándar ambiental? La serie de normas ISO 14000 es un conjunto de normas internacionales publicadas por la Organización Internacional de Normalización (ISO), que incluye la Norma ISO 14001 que expresa cómo establecer un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) efectivo. La norma ISO 14000 es aplicable a cualquier organización, de cualquier tamaño o sector, que esté buscando reducir los impactos en el ambiente y cumplir con la legislación en materia ambiental. Se cuestiona sin embargo el que estas normas excluyan a los trabajadores y sus representantes del sistema de

²⁷⁰ A diferencia de la retroactividad que ha caracterizado al sistema norteamericano de derecho de daños ambientales.

²⁷¹ García, *Responsabilidad por daños al medioambiente*, 107-108.

gestión ambiental que contiene²⁷², pues hoy se promueve la participación de todos a quienes pueda afectar una norma o regulación medioambiental, encontrándose dentro de este grupo los trabajadores.

4.4.3. Actuar conforme a lo dispuesto en una autorización:²⁷³

Es cada vez más frecuente encontrar actividades que están reguladas, en las cuales la Administración vela por la seguridad durante su desarrollo, garantizando con su intervención que la sociedad avance a un ritmo sostenible y no comprometedor. Al exigir autorización, la Administración no se limita solo a remover los obstáculos preexistentes para el ejercicio del derecho, sino que reglamenta su ejercicio, señala las condiciones precisas para poder realizar la actividad en las mejores condiciones, al igual que ejerce un control de la misma. Sin embargo, el legislador o la Administración, al establecer los parámetros o exigencias de estas autorizaciones, no pueden adelantarse a los acontecimientos, a los avances, y el operador que actúe conforme a una autorización puede provocar igualmente un daño.

Es una especie de cláusula de exclusión de responsabilidad que exige al operador atenerse estrictamente a las condiciones recogidas en la autorización. Sin embargo, hay cierta indeterminación en la manera de cumplir con las condiciones de la autorización, especialmente cuando se le pide actuar en todo momento teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles, concepto difícil de precisar. En todo caso, supone la obligación del operador de actuar de acuerdo con el estado de la técnica, lo que le permitirá beneficiarse de la exclusión de responsabilidad y también de los riesgos en desarrollo.

El problema de las mejores técnicas disponibles es el grado de indeterminación que presentan y su carácter variable, pues estas cambian a medida que van produciéndose más avances tecnológicos y no es posible concretarlas en el momento de otorgamiento de la autorización, de manera que las técnicas a emplear por el sujeto autorizado en un determinado momento sean las mismas durante todo el tiempo que dure la autorización.

Esta obligación de actualizarse continuamente a las mejores técnicas disponibles está sujeta a límites. No toda técnica, por muy beneficiosa y ventajosa que sea para la prevención de

²⁷² Fernández et al., *Gestión de la empresa y gestión de los riesgos*, 50.

²⁷³ García, *Responsabilidad por daños al medioambiente*, 274-284.

daños, deberá ser asumida por parte del operador. En el caso de España, la Ley 16/2002, de 26 de noviembre, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, establece en su artículo 3.ñ) que la misma ley ha de permitir su aplicación en el contexto del correspondiente sector industrial en condiciones económicas y técnicamente viables, para lo cual deberán tomarse en consideración los costos y los beneficios, tanto si las técnicas se utilizan o producen en España, como si no, siempre que el titular pueda tener acceso a ellas en condiciones razonables. Esto significa que existe un control económico en la medida en que la normativa española y por imperativo europeo, pone el límite en que estas técnicas supongan un costo económico razonable para el operador.²⁷⁴

4.4.4 Los riesgos en desarrollo:

Los riesgos en desarrollo son otro supuesto de exoneración de responsabilidad para el operador, que no será responsable si su actividad no era considerada dañina de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en el que llevó a cabo la actividad.²⁷⁵

Esto conduce a valorar los riesgos y los daños con criterios de culpa, que no es el modelo de responsabilidad medioambiental general en la Unión Europea, basado en un régimen objetivo, pero sin duda nos son de utilidad para aplicarlos al deber de seguridad del empleador que, en el modelo chileno, exige culpa.

Los riesgos en desarrollo incluyen una valoración de la culpa del agente, que responderá si no ha procedido a comprobar que la acción que estaba llevando a cabo, según la tecnología y conocimientos existentes en el momento en el que la realizó, puede o no provocar daños; si hizo esta comprobación se verá exonerado, surgiendo así los parámetros culpabilísimos referidos.²⁷⁶

Esta causa de exclusión se conoce en el derecho norteamericano bajo el nombre de *State of Art*, encontrándose dividida la jurisprudencia norteamericana en torno a la admisibilidad o

²⁷⁴ Siendo la idea de las “mejores técnicas disponibles” un concepto indeterminado, en el ámbito de la comunidad europea se han elaborado documentos de referencia denominados “BREFs”, que son revisados en periodos cortos de tiempo y que sirven de guía – pues no tienen carácter obligacional - ; otros documentos o guías son los elaborados por entidades privadas a través de la normalización industrial, elaborando normas técnicas en un sector.

²⁷⁵ García, *Responsabilidad por daños al medioambiente*, 284.

²⁷⁶ García, *Responsabilidad por daños al medioambiente*, 285.

no de esta causa en los diferentes sistemas de responsabilidad. Así, en el ámbito de la responsabilidad objetiva y a propósito de los productos defectuosos, de una parte se ha declinado su aplicación como exclusión de responsabilidad ya que a juicio del tribunal únicamente se puede aplicar si estamos en supuestos de responsabilidad por culpa²⁷⁷. Y de otra parte²⁷⁸, ha reconocido la posibilidad que le asiste al demandado de defenderse de la demanda de responsabilidad en aquellos casos en los que logre demostrar que el daño era desconocido en el momento en el cual se realizó la acción, recayendo la carga de la prueba de ello en el demandado.

Dentro del ámbito europeo, esta exclusión de los riesgos en desarrollo tiene gran presencia en los daños ambientales causados por las biotecnologías. En este caso nos encontramos con actividades que presentan un alto nivel de riesgos, siendo desconocidos la mayoría en el momento en el cual se lleva a cabo la actividad, ya que la única forma de conocerlos es llevar a cabo la actuación con los organismos modificados genéticamente, de ahí que la aplicación mayoritaria de esta cláusula de exclusión de responsabilidad va a encontrarse en este sector. Así se afirma que con la inclusión de los riesgos en desarrollo se está incidiendo en el fomento en inversiones para perfeccionar la seguridad de las actividades, y se incentiva a los operadores a que se lleven a cabo nuevas investigaciones que arrojen a la luz los posibles daños que se pueden provocar, promocionando de esta manera el progreso técnico.

Es curioso el argumento sobre el incentivo para la innovación tecnológica que se da de contrario²⁷⁹: si la persona actúa conociendo que va a responder de todo daño que cause, aun siendo desconocido, se verá incentivada a destinar mayores recursos y esfuerzos para la investigación de nuevos daños.

4.4.5. Cumplimiento de una orden o instrucción dictada por una autoridad.

Este sería un tercer supuesto de exclusión de responsabilidad – que se agrega al caso fortuito y a la fuerza mayor -, contemplado expresamente en el artículo 14.2.b) de la Ley

²⁷⁷277 Asuntos *Beshada v. Johns-Manville Products Corp* (447 A.2d 539) y *Johnson v. Raybestos-Manhattan, Inc.* (740 P.2d 548), citados por García, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 285.

²⁷⁸278 Asunto *Feldman vs. Lederle Laboratories* (479 A. 2d 374), citado por García, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 285.

²⁷⁹279 García, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 289.

26/2007 de 23 de octubre sobre Responsabilidad Medioambiental española. Establece que el operador no tendrá que hacer frente a los costos que suponen la reparación del daño o las medidas destinadas a hacer frente a otros daños, siempre que estos traigan su causa en el cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria que haya sido dictada por parte de una autoridad para el operador. En este caso la responsabilidad se traslada a la autoridad, al ser quien guió al operador hacia el daño sin que pudiese evitar cumplir las órdenes sin ser sancionado por tal conducta²⁸⁰. En rigor no estamos ante un supuesto de exclusión de responsabilidad, porque ésta se traslada desde el operador hacia la autoridad, hay alguien que responde.²⁸¹

De los cinco factores analizados que pueden modular o modificar el efecto principal del principio precautorio, esto es, el de exigir medidas concretas de cautela frente a riesgos graves e irreversibles, en un contexto de incertidumbre científica, extraemos las siguientes consideraciones que nos resultan útiles para la configuración del deber de seguridad del empleador: i) el factor temporal, ii) los riesgos en desarrollo y iii) los estándares ambientales fijados por ley, lo que retomaremos en el Capítulo V.

4.5 Algunas características del principio precautorio:

A continuación, caracterizamos el principio precautorio, a partir de lo que viene sosteniendo la dogmática, y que coincide en varios caracteres con los principios de aplicación contenidos en el artículo 191 del Tratado de la Unión Europea:

1. El principio de precaución cuenta con una dimensión intertemporal, en el sentido de que su alcance va más allá de los problemas asociados a los riesgos a corto o a medio plazo, los cuales podrían incluso afectar al bienestar de generaciones futuras.
2. Se basa en la falta de certidumbre científica absoluta del riesgo ecológico, puesto que, si el riesgo es probable que se produzca, no debe aplicarse el principio de precaución sino el de prevención.
3. Debe limitarse a riesgos no de cualquier naturaleza, sino a los graves e irreversibles.

²⁸⁰ García, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 300.

²⁸¹ V.gr. daños por cumplimiento de condiciones de concesión de obra pública.

4. Exige seguir un modelo anticipativo, es decir, actuar sobre la base de medidas de precaución, pero «en función de los costos» y «conforme a sus capacidades». Por lo que toca a los costos, deberá haber una combinación de medidas con diferentes costos, las cuales deberán ser utilizadas de un modo progresivo en atención a la gravedad del riesgo o del daño y sobre la base de los mejores conocimientos disponibles del problema.²⁸²

5. Se diferencia del principio de prevención porque el primero exige adoptar medidas que reduzcan la posibilidad de sufrir un daño ambiental grave a pesar de que se ignore la probabilidad precisa de que este ocurra, mientras que el principio de prevención obliga a tomar medidas dado que se conoce el daño ambiental que puede producirse.

6. En un ámbito valórico, se dice que un régimen democrático tiene que establecer un sistema de tutela de los bienes ambientales y debe contrarrestar la tendencia a la mercantilización de los factores de producción, trabajo, naturaleza y capital. El mayor mérito del principio consiste en haber logrado expresar la preocupación de dar prioridad a la protección del medio ambiente y de la salud pública por encima de los intereses comerciales²⁸³.

7. La exigencia de proporcionalidad en la aplicación del principio, lo que hace normalmente referencia al costo económico de las medidas a adoptar. Según este requisito, las medidas deben ser soportables para la sociedad que debe asumirlas, y aun cuando supone dar prioridad a la salud pública y al medio ambiente por encima del mero criterio de rentabilidad económica, no deben dejarse de lado los costos de la medida, debiendo optarse por aquella que suponga un menor costo económico, por ejemplo, traducido en la pérdida de un elevado número de puestos de trabajo.²⁸⁴

Algunos critican la aplicación del principio precautorio en la seguridad y salud laboral, en primer lugar, porque no existe una definición concreta, única, sobre su significado y alcance. A lo anterior se suma la imprecisión de los presupuestos de aplicación del principio, pues supone serio peligro de discrecionalidad administrativa. Y si lo dicho no fuera suficiente, se advierte cierta incidencia en principios clásicos de los ordenamientos

²⁸² Jiménez, *El principio de precaución en el derecho internacional del medio ambiente*, 80.

²⁸³ Andorno et al., *Validez del principio de precaución*, 26.

²⁸⁴ Andorno et al., *Validez del principio de precaución*, 30-31.

jurídicos, como es el caso de la seguridad jurídica; en esta línea, se difuminan los sujetos obligados por las conductas correlativas, y ya no será tan evidente establecer o determinar quiénes son los obligados a respetar los presupuestos de aplicación del principio.²⁸⁵

4.6 El principio de precaución y la sociedad del riesgo.

En una sociedad en constante avance tecnológico, manipulación del entorno, de los medios físicos e incluso medios humanos, aparece el principio precautorio. Muchos de los avances tecnológicos y técnicos abren mundos de posibilidades inciertas, cuyo ámbito de riesgo es también amplio e incierto. La falta de conocimientos suficientes para evaluar la trascendencia de estos avances y de sus riesgos obliga a buscar y exigir principios de cautela amparados en un riesgo incierto, pero posible, no solo en cuanto a la probabilidad de acaecimiento, sino también en cuanto a la gravedad del mismo²⁸⁶. En este sentido la actuación del hombre sobre el medio ambiente se convierte en cualificada, al ser una incidencia altamente tecnificada.²⁸⁷

El no riesgo como resultado no existe. Ulrich Beck lo explica desde una vereda optimista, al plantear que a los seres humanos nos está negada la seguridad definitiva, pero los riesgos que denomina residuales, inevitables, son el reverso de oportunidades – como la prosperidad, una seguridad social elevada, la comodidad en general – que la sociedad industrial desarrollada ofrece a la mayoría de sus miembros con un grado que carece de paralelos históricos. El riesgo así visto es ante todo un principio estimulante para la explotación activa de nuevos mundos y mercados.²⁸⁸ Sin embargo, agrega que la misma sociedad del riesgo emerge en el momento en que los peligros decididos y producidos socialmente sobrepasan los límites de la seguridad: el indicador de la sociedad del riesgo es la falta de un seguro privado de protección; de protección ante proyectos industriales y tecno-científicos.²⁸⁹

²⁸⁵ Muñoz, *El sistema normativo*, 113.

²⁸⁶ En el mismo sentido, Adela Cortina et al., *Fundamentos filosóficos del principio de precaución* (Granada: Editorial Comares, 2004), 5. Carlos María Romeo Casabona, *El principio de precaución en las actividades de riesgo* (Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial III-2002), 23.

²⁸⁷ Ezquerro et al., *La importancia de los riesgos ambientales*, 134.

²⁸⁸ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global*. (Madrid: Siglo XXI España Editores, 2º ed. 2006), 77.

²⁸⁹ Ulrich Beck et al., «Teoría de la sociedad del riesgo», EN: Giggens, A., Bauman, Z., Luhmann, N. y Beck, U., *Las consecuencias perversas de la modernidad, Modernidad, contingencia y riesgo*. (Barcelona: Ed. Anthropos, 1996), 209.

Por otra parte, es un asunto complejo en el escenario actual atribuir responsabilidades a un solo interviniente en los procesos productivos, porque un número significativo de peligros inducidos tecnológicamente, como los asociados a la contaminación química, la radiación atómica y los organismos modificados genéticamente, se caracterizan por su inaccesibilidad a los sentidos humanos, operan fuera de la capacidad de la percepción humana. A esta constatación se agrega lo que Beck denomina la confusión de siglos, porque los peligros a los que estamos expuestos proceden de un siglo distinto al de las promesas de seguridad que intentan someterlos, a través de burocracias de seguridad sumamente organizadas, produciéndose el efecto de intentar resolver los riesgos de esta era con conceptos y recetas derivados de la primera sociedad industrial de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.²⁹⁰

Esta mirada de aceptación del riesgo como parte de nuestra realidad, sin la connotación negativa que suele dársele por el común de las personas, nos parece que plantea la necesidad de reorientar los esfuerzos normativos hacia una distribución equitativa de los mismos, en función del progreso que el riesgo pueda implicar, de los beneficiados con los respectivos procesos y el rol que a los gobiernos cabe en esta nueva dimensión.

Beck lo grafica muy bien al expresar que antes o después, se planteará la pregunta por el valor de un sistema legal que regula y escruta cada detalle de los riesgos menores técnicamente manejables pero que legaliza los mega peligros en virtud de su autoridad, en la medida en que no pueden ser minimizados técnicamente, como los riesgos nucleares u otros que provoquen el peor accidente imaginable.²⁹¹

4.7 El riesgo en el medio ambiente general y en el medio ambiente laboral

La idea de medio ambiente de trabajo aparece de manera significativa a finales de los años 70 en el foro de la OIT, a propósito del Convenio 148 de 1977 sobre medio ambiente de trabajo, que relacionó por primera vez la protección de la seguridad y salud de los trabajadores con el medio ambiente de trabajo, para prevenir y limitar los riesgos

²⁹⁰ Beck, *La sociedad del riesgo global*, 86-87.

²⁹¹ Beck, *La sociedad del riesgo global*, 90-91.

profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones, protegiendo a los trabajadores contra tales riesgos.²⁹²

Monereo distingue²⁹³ entre «medio ambiente interno» (eje del derecho de prevención de riesgos laborales) y «medio ambiente externo» (eje, a su vez del Derecho Ambiental).²⁹⁴ Sostiene que la conexión entre ambos es innegable, tanto desde el punto de vista causal como en el estrictamente funcional. El derecho a la salud laboral y los derechos ecológicos, aunque tienen lógicas diferenciadas y específicas, tienen puntos de contacto manifiestos que exigen una gestión integrada. La OIT así lo entiende cuando insiste en la necesidad de que los Estados realicen una política pública global de prevención, en los Convenios 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981, y 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006, como también en la Recomendación N°164 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981.

Se viene poniendo de relieve en la doctrina la artificialidad de la distinción, puesto que existe una interacción recíproca entre el medio ambiente general y laboral, ya que una tutela adecuada del medio ambiente exterior solo podrá conseguirse desde una perspectiva integrada que contemple la acción de las organizaciones productivas tanto en sus efectos externos como en sus efectos internos²⁹⁵, para obtener mejores resultados según ejemplos que daremos más adelante, y porque la empresa es el principal sujeto de las emisiones contaminantes que degradan el medio ambiente externo²⁹⁶. Las empresas constituyen una plataforma fundamental para impulsar buenas prácticas medioambientales, en tanto pieza clave del entramado socioeconómico; incluso pudieran servir como medio de participación ciudadana al integrar la protección del medio ambiente en la política de gestión empresarial y en la dinámica de trabajo impuesta en la organización productiva de las empresas. También los riesgos laborales fruto de la contaminación industrial tienen consecuencias fuera de las puertas de la fábrica: los distintos agentes no entienden de ámbitos

²⁹² Miguel Gutiérrez Pérez, «La protección del medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales», *Aranzadi Social* N° 3 (2010): 97. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, «Medio ambiente y relaciones de trabajo», *Temas Laborales*, n° 50 (1999): 8.

²⁹³ En el mismo sentido, Gutiérrez, «La protección del medio ambiente», 100.

²⁹⁴ Monereo et al., *Integración de la gestión de riesgos*, 327-330.

²⁹⁵ Gutiérrez, «La protección del medio ambiente», 100.

²⁹⁶ Gutiérrez, «La protección del medio ambiente», 103.

convencionales de lugar de trabajo o de no trabajo; se portan de la misma manera en función del medio en que interactúan.²⁹⁷

Es cierto que el Derecho del Trabajo se centra en la prestación laboral y en la empresa, mientras que el medio ambiente comprende una multitud de dimensiones; sin embargo, la idea de seguridad es un todo que debe ser globalizado. Es artificial oponer la seguridad dentro y la seguridad fuera, la seguridad de las personas y la seguridad de los bienes, cuando se aborda la cuestión desde un ángulo preventivo.²⁹⁸ Los derechos o bienes jurídicos protegidos, esto es, la salud y seguridad de los trabajadores y el medio ambiente, están íntimamente conectados entre sí, pues la protección del medio ambiente se configura como mecanismo para el mantenimiento y creación de empleo y para la mejora de la salud laboral, y el empresario es deudor de seguridad respecto de los trabajadores, pero también respecto del medio ambiente, que tendrá que proteger.²⁹⁹

Las similitudes continúan, esta vez entre el derecho del trabajo y el derecho del medio ambiente. Ambas disciplinas tienen orígenes similares, el derecho del trabajo a partir de la cuestión social y las condiciones inhumanas en que debían trabajar los trabajadores en la época de la revolución industrial; el derecho del medio ambiente nace de la toma de conciencia de la protección del medio ante la agresión sin límites que venía sufriendo por el hombre, y las primeras medidas contemplaron precisamente una tutela común para trabajadores y terceros. En ambos existe una finalidad tuitiva y los principios inspiradores del derecho medio ambiental de algún modo se replican en el derecho del trabajo: globalidad, horizontalidad, solidaridad y sostenibilidad. De otra parte, en ambos derechos está presente el enfoque preventivo existiendo en ambos casos también un derecho sancionador.³⁰⁰

En España, la doctrina administrativa agrega, en relación al derecho al medio ambiente, otros principios denominados funcionales, y aplicables igualmente al derecho de la prevención de riesgos laborales: el principio de prevención; el de causalidad, que obliga a

²⁹⁷ Hernán Álvarez Cuesta, *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo* (Barcelona: Bomarzo, 2016), 89-90.

²⁹⁸ Rodríguez-Piñero, «Medio ambiente y relaciones de trabajo», 12.

²⁹⁹ María José Rodríguez Ramos, «Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención», *Aranzadi Social* n° 5 (2002): 1192, 1193.

³⁰⁰ Rodríguez Ramos, «Salud laboral versus medio ambiente», 1192-1196.

llegar a la causa última que ha producido el daño ambiental o a la salud de los trabajadores; y el de integración de los costos ambientales, por el cual se imputan responsabilidades administrativas correspondientes para reparar el daño, e implica la necesidad de establecer, junto a los costos ambientales, los costos de seguridad social, de transporte y de elaboración del producto, los costos de prevención de riesgos de los trabajadores.³⁰¹

Existiendo estas vinculaciones entre el medio ambiente general y el laboral, cabe plantearse si la normativa medioambiental general de un Estado es aplicable en los mismos términos al medio ambiente de trabajo. Así debiera ser, en tanto los trabajadores se incluyen en el concepto de ciudadanos y se benefician de las normas preventivas laborales y ambientales. Sin embargo, en el lugar de trabajo o en la empresa pareciera que existe un mayor poder, una mayor injerencia del empleador, lo que determina que sea este quien mantiene la exclusividad en la organización y gestión empresarial, tal como la doctrina española apunta³⁰², y en virtud de esta mayor autonomía puede ser que las normas protectoras medioambientales generales no tengan la eficacia esperada.

De otra parte, se sostiene que el medio ambiente interno es una parte específica, pero no independiente, del medio ambiente externo, pues la empresa genera riesgos tanto para los trabajadores como para los ciudadanos en general. Se impone una conjugación de los objetivos y principios de la política medioambiental con los de seguridad y salud en el trabajo. La empresa debe respetar su entorno medioambiental, pero para ello es también premisa ineludible el respeto de su medio ambiente interno (o medio ambiente de trabajo) produciéndose así una interacción entre ambas disciplinas. El fenómeno conocido como <globalización de los riesgos> que caracteriza a las sociedades actuales, puede dar un nuevo impulso a la exigencia de no compartimentar las situaciones de riesgo y su tutela jurídica (seguridad del producto, medio ambiente, medioambiente laboral), pues la sociedad industrial genera riesgos cuyo origen en ocasiones es difícilmente determinable ya que su

³⁰¹ Álvarez, *Empleos verdes*, 91-92.

³⁰² Ezquerro et al., *La importancia de los riesgos ambientales*, 139-142.

origen profesional o su derivación del riesgo ecológico puro no siempre es delimitable con facilidad.³⁰³

Se suma a lo dicho que el término «desarrollo sostenible»³⁰⁴ es perfectamente aplicable a ambos ámbitos del medio ambiente, el general y el laboral, pues dice relación con el equilibrio entre el crecimiento económico y el respeto del entorno natural, es decir, en armonía con la salud pública y el medio ambiente. Se trata de imbricar desarrollo económico y protección del medio ambiente y los recursos naturales, supone que el desarrollo económico depende de la continuidad del medio ambiente, de cuyos recursos se nutre y sin los cuales no podría subsistir ni progresar.³⁰⁵ Sin embargo, creemos que existen particularidades del medio ambiente laboral que exigen cierta coordinación entre ambos ámbitos, lo que más allá de la focalización de las políticas públicas, nos parece que toca al legislador definir.

La dogmática comparada da cuenta de estas particularidades con los siguientes ejemplos:³⁰⁶ riesgos laborales provenientes del exterior cuando la prestación de servicios se hace al aire libre; aumento de consumo eléctrico en las empresas para mejorar el ambiente interno del lugar de trabajo (aire acondicionado y calefacción), que repercute negativamente en el ambiente externo; emisión de hidrocarburos y otros compuestos volátiles orgánicos y ozono que emiten fotocopiadoras láser; todo lo relacionado con la contaminación acústica; instalación de antenas para telefonía móvil; exposición involuntaria a plaguicidas y tintas de base disolvente utilizadas en la imprenta.

4.8 Participación social en la gestión del riesgo

La gestión del riesgo es llamada por algunos como la etapa de decisión política. Viene precedida de una etapa de evaluación del riesgo, y en la gestión, intervienen las autoridades

³⁰³ José Antonio Fernández Avilés et al, *Gestión de la empresa y gestión de los riesgos*. EN: Monereo Pérez José Luis y Rivas Vallejo, Pilar, coord., *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo* (Granada: Editorial Comares, 2011), 36.

³⁰⁴ Que viene usándose desde la Cumbre de Río de Janeiro de 1992, en que se incorporó como Principio N°3 en la Declaración de Río del mismo año con el siguiente tenor: “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.”

³⁰⁵ Gutiérrez, «La protección del medio ambiente», 104.

³⁰⁶ Rodríguez Ramos, «Salud laboral versus medio ambiente», 1192, 1202-1206.

públicas y todos aquellos que puedan tener un interés en el asunto, tales como asociaciones de consumidores, de industriales³⁰⁷

Los riesgos ambientales afectan a toda la sociedad, con distinta intensidad según el ámbito en que se manifiesten. Ya sea de manera directa – por recibir el impacto traducido en daños concretos – o indirecta – por las consecuencias económicas que pueden derivarse – a todos nos interesa precaverlos o prevenirlos en su caso.

Esta constatación nos conduce a la cuestión de la participación de la sociedad en su gestión, y más precisamente, a reconocer a cada sociedad en particular el derecho a adoptar decisiones en lo relacionado con dicha gestión. No es posible, creemos, imponer modelos de gestión universales, porque hay elementos como la diversidad cultural, y la condición económica de los países, que dificultarían un ejercicio de esa naturaleza.

Una vía para lograr esta gestión específica de los riesgos es la participación de las comunidades en que el riesgo puede estar presente o lo está derechamente.

La gestión democrática del riesgo comporta despojar del monopolio de la definición, análisis y evaluación del mismo tanto a los actores de la actividad productiva y a quienes representan de algún modo los intereses de los grupos de presión como a los técnicos-expertos; asimismo, que el poder político no se nutra exclusivamente de ellos para la toma de sus decisiones. La gestión democrática del riesgo significa dar paso a la sociedad y a sus formas de expresión a través de los movimientos sociales y ciudadanos, con el fin de lograr un verdadero proceso democrático de decisión³⁰⁸ y, en última instancia, lograr un equilibrio entre las diversas ópticas e intereses presentes en la comunidad.³⁰⁹

Se dice que afectando a todos los hombres las situaciones de riesgo, la prudencia implícita en el principio precautorio sugiere que no deben ejercerla solo los políticos, empresarios o científicos, sino que también los ciudadanos, a quienes hay que informarles y abrirles espacios de participación por una exigencia ética³¹⁰. Se habla de la no instrumentalización del ser humano, una de cuyas dimensiones ineludibles consiste en fomentar que los

³⁰⁷ Andorno et al, *Validez del principio de precaución*, 29.

³⁰⁸ En similar sentido, Moreno, «El principio de precaución y la democratización», 117.

³⁰⁹ Romeo Casabona, *El principio de precaución en las actividades de riesgo*, 18, 19, 21.

³¹⁰ Cortina, *Fundamentos filosóficos...*, 7.

afectados participen en las decisiones en cuestiones que afecten a sus vidas y al futuro humano.³¹¹

Estas ideas son perfectamente aplicables al medio ambiente laboral.

En el caso chileno existen formas de participación democrática de los trabajadores tales como los *comités paritarios de orden, higiene y seguridad*, los *comités paritarios de faena* en esquemas de trabajo descentralizado, y desde luego las *organizaciones sindicales*, cuyos amplios fines en todos los casos mencionados admiten perfectamente su intervención en temas vinculados a medio ambiente laboral.³¹² Los dos primeros se dan dentro del ámbito de la seguridad social, pues a partir de la Ley N°16.744 es que se crean y desarrollan.

Estos órganos de participación laboral han sido subutilizados por los operadores del sistema, lo que se evidencia en la jurisprudencia judicial en que es frecuente encontrar sentencias que aluden al incumplimiento del deber de seguridad del empleador, quien se ha limitado a cumplir con documentación protocolar sin haber realizado acciones concretas orientadas a la prevención de riesgos.

Por lo tanto, es momento de dar un paso adicional en la gestión democrática del riesgo, y pensar un tipo de modelo de gestión del riesgo laboral en que estén involucrados tanto trabajadores como empleadores, los cuales puedan en conjunto evaluar los riesgos laborales existentes y crear un plan de prevención en orden a reducirlos o eliminarlos. Así, en lugar de una heterorregulación normativa exhaustiva que monopolice la gestión del riesgo, se plantea un sistema en que se baja al nivel de los involucrados, en particular al subsistema social diferenciado que es la empresa, la gestión del riesgo laboral, limitándose la ley a regular los procedimientos y condiciones que deben existir para no coartar la participación de cada uno de los involucrados (empleadores y trabajadores en este caso) en la gestión social del riesgo. Así, se establece en la práctica un modelo de gestión de riesgos basado en el sistema de autorregulación reglada de Gunther Teubner.

³¹¹ Cortina, *Fundamentos filosóficos...*, 16.

³¹² Véanse para los comités paritarios de orden, higiene y seguridad y comités paritarios de faena, los artículos 66 y 66 bis de la Ley N°16.744, reglamentados por el Decreto Supremo N°76 de 2007, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Para los fines de las organizaciones sindicales, el artículo 220 del Código del Trabajo.

5. El impacto de los principios analizados en el deber de seguridad del empleador.

De acuerdo a lo expresado, es evidente que el principio precautorio nacido en el derecho ambiental y luego expandido a otras áreas puede tener presencia, aplicación y pertinencia en el derecho del trabajo, porque ambas disciplinas comparten o presentan similitudes en sus orígenes, fines, bienes jurídicos protegidos, principios inspiradores y personas protegidas. Sin embargo, dudamos del aporte que pueda realizar al contenido del deber de seguridad del empleador, porque la base de operación de este principio es la incertidumbre científica, que impide incorporar el deber de cautela emanado del precautorio al ámbito de obligaciones del empleador.

En efecto, según lo que hemos venido exponiendo, el principio protector exige al empleador velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, con un deber de diligencia cuya medida, dada por el principio de prevención, es la evaluación de los riesgos presentes en la actividad del empleador, vale decir, el entorno que está bajo su esfera de control, con responsabilidades basadas en criterios de culpa.

No cabría la incertidumbre en este contexto, desde que por su sola existencia se libera de dicha culpa al empleador, al no serle oponibles medidas de cautela que resultan imprevisibles para el empleador. Esta idea es concordante con la exigencia del artículo 1558 del Código Civil, que atribuye responsabilidad a quien debiendo prever los riesgos, no lo hizo, siendo indudable, una vez más, el aporte del principio preventivo para la delimitación del deber de seguridad del empleador.

Del principio precautorio cabe destacar la influencia que puede irradiar en torno a la participación de los trabajadores, tanto en la evaluación de los riesgos presentes como en las medidas preventivas a adoptar para la mejora del medio ambiente laboral.

Sin embargo, es el principio preventivo el que presta un servicio mayor a la necesidad de una gestión adecuada y relevante de los riesgos laborales acaecidos en la empresa, en cuanto da forma y estructura un modelo de gestión de riesgos que evalúa y previene a priori los riesgos laborales. En efecto, el principio preventivo juega un papel relevante de complementación al principio protector, por cuanto éste establece las bases jurídicas

básicas del ordenamiento laboral, en cuanto intenciona que el trabajador debe ser protegido de manera eficaz. Pero es el principio preventivo el que da contenido, forma y concreción a la eficacia exigida por la legislación (art. 184 del Código del Trabajo), al establecer las condiciones específicas en que dicha prevención debe llevarse a cabo. En efecto, el empleador -en colaboración con los trabajadores- evalúa a priori los riesgos a los que está expuesta la actividad productiva y elabora un plan de prevención tendiente a gestionar dichos riesgos, logrando en definitiva su reducción y eliminación. Dicha gestión de riesgos corresponde a un modelo de autorregulación reglada, por cuanto es el empleador –en conjunto con los trabajadores- quien se auto obliga a llevar a cabo un plan de prevención, mediando evaluación de riesgos de manera previa, bajo el alero de una reglamentación que indica la forma, la oportunidad y los procedimientos que deben seguirse para llevar a cabo dicha autorregulación.

Capítulo III: «Hacia un sistema normativo de autorregulación regulada para proteger los riesgos laborales»

1. Notas sobre la concepción tradicional de la función del derecho.

Como adelantábamos en el acápite anterior, para obtener un cuadro completo acerca de la necesidad de avanzar hacia un sistema de autorregulación reglada, es necesario detenerse en la dinámica tradicional del derecho, y los fundamentos que se encuentran en ella para una forma de derecho que prescinde de técnicas de autorregulación. De esta manera, en el curso del capítulo se reflexionará críticamente sobre los fundamentos de la dinámica tradicional del derecho y se mostrará cómo a partir de dicha crítica, se abre espacio a una nueva forma para lo jurídico, en particular, para la autorregulación reglada. Este capítulo estará dedicado, entonces, a una serie de reflexiones filosóficas y sociológicas respecto de la fundamentación tradicional de la existencia del derecho como fenómeno típicamente estatal. Específicamente, se analizará el fundamento tradicional del derecho, desde Hobbes hasta Kelsen, pasando por las tesis comunitaristas, en el cual se fundamenta el monopolio de decir lo justo por parte del Estado, por encima de los ciudadanos y comunidades al interior de la sociedad civil. El análisis que se realiza sobre el fundamento tradicional del derecho, no tiene por objeto fundamentar directamente los planteamientos de esta tesis, sino que preparar la base para el necesario contrapunto sociológico sobre el fundamento canónico de la función y aplicación del derecho. Luego, con dicha lectura sociológica, que se inicia en el punto N° 4 de este capítulo, se discutirá la necesidad de que el Estado pueda, a todo nivel, fijar los estándares valóricos, éticos o morales, a partir de normas abstractas y universales de las que se vale el ordenamiento jurídico. En este punto, lo que se pone en tela de juicio es la funcionalidad del monopolio del Estado de producir lo justo al interior de la sociedad civil, argumentando en este caso la necesidad de que la propia sociedad civil, en cada uno de sus subsistemas sociales diferenciados, pueda producir lo justo, de acuerdo a sus propios estándares y procedimientos. El fundamento para un giro de este tipo, dice relación con la profunda relatividad de las concepciones éticas y políticas que dominan la deliberación pública, y la escasa capacidad del Estado para legitimar las decisiones sobre alguna de estas concepciones políticas, al interior de la sociedad global. En segundo lugar,

las concepciones éticas y políticas se caracterizan también por su constante evolución y constante desfase, lo que no compagina con la velocidad de las decisiones que se toman a nivel de la sociedad global. Este hecho abona a la necesidad de proveer de los mecanismos necesarios para que los subsistemas sociales diferenciados puedan tomar sus propias decisiones, sin esperar a que la sociedad global resuelva los conflictos o asuntos a través del derecho del Estado. Respecto de la necesidad de los juristas para partir de reflexiones filosóficas para fundamentar fenómenos el mundo jurídico, necesario es traer a colación las reflexiones de Carlos Peña, sobre las relaciones entre filosofía y derecho; el cual caracteriza dicha relación desde tres puntos de vista; «[h]ay filosofía del derecho elaborada desde una particular concepción de la filosofía (v.gr. Kelsen inspirado por Kant, Finnis por Santo Tomás); una filosofía del derecho específicamente jurídica (v.g.r. Hart y su análisis de las definiciones jurídicas); y en fin una filosofía del derecho que emplea la reflexión filosófica para comprender y ejecutar mejor lo que los juristas hacen (v.g.r. Perelman o Finnis).³¹³ Esta tesis puede ser enmarcada dentro de las dos primeras versiones de la filosofía del derecho, en cuanto a la primera, en la medida en que trabajaremos sobre un tipo de filosofía del derecho elaborada desde una particular concepción de la filosofía. Sin embargo, no fundamentaremos instituciones ni prácticas jurídicas a partir de ella, sino que más bien iniciaremos un proceso de deconstrucción de ellas a partir de una determinada lectura sociológica de la fundamentación filosófica del derecho. En cuanto a la segunda lectura sobre la relación entre filosofía y derecho, desarrollaremos en el próximo capítulo una lectura defensora de la existencia y uso de los principios como categoría jurídica válida frente al legalismo fuerte que reniega de su utilidad.

Entrando ya en lo concreto del asunto, el derecho impuesto por parte del Estado, siempre ha necesitado un tipo especial de justificación teórico-filosófica, que ha decantado en las denominadas teorías del contrato social y ha justificado una concepción de lo jurídico, que legitima la decisión sobre lo que es justo como superior a aquella que puede arribar el ciudadano promedio, basado en la posición epistemológica superior de quien detenta el poder para tomar dicha decisión.

³¹³ Peña, Carlos, «¿De qué se ocupan los juristas y de qué les sirve la filosofía?» En Esteban Pereira Fredes (Editor), *Fundamentos filosóficos del Derecho Civil Chileno*. Chile: Rubicón Editores, 2019: 22.

Las teorías de tipo contractualista pueden derivarse hasta los clásicos de la filosofía del derecho, como Hobbes, quien justifica la existencia del Estado a partir de un pacto explícito en virtud de los cuales los súbditos renuncian a su poder para resolver el conflicto por sí mismos, para que un tercero -el Estado a través de su derecho de judicatura- pueda resolver dichos conflictos por encima y con independencia de quienes participan de este conflicto.³¹⁴ Así, Hobbes señala que «[...] cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la confianza de ser protegidos por ellos contra los demás. En este último caso puede hablarse de Estado político o Estado por institución».³¹⁵ Este derecho/deber de protección implica la instauración de un soberano, que dispone por sí mismo lo suyo de cada cual, a través de una decisión soberana y obligatoria para el súbdito.³¹⁶ De esa manera, para Hobbes;

«[E]s inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos. En efecto sin decisión de las controversias no existe protección para un súbdito contra las injurias de otro; las leyes concernientes a lo *meum* y *tuum* son en vano; y a cada hombre compete, por el apetito natural y necesario de su propia conservación, el derecho a

³¹⁴ Foucault interpreta que el estado de guerra en Hobbes, no es sólo explícito sino también simbólico; Michel Foucault, *Defender la Sociedad*. (México: Fondo de Cultura Económica, 2002), 89; «ese Estado que Hobbes describe no es en absoluto un estado natural y brutal, en que las fuerzas se enfrentan directamente: no estamos en el orden de las relaciones directas de fuerzas reales. Lo que choca, lo que se enfrenta, lo que se entrecruza, en el estado de guerra primitiva de Hobbes, no son las armas, no son los puños, no son unas fuerzas salvajes y desatadas. En la guerra primitiva de Hobbes, no hay batallas, no hay sangre, no hay cadáveres. Hay representaciones, manifestaciones, signos, expresiones enfáticas, astutas, mentirosas; hay señuelos, voluntades que se disfrazan de lo contrario, inquietudes que se camuflan d certidumbres».

³¹⁵ Thomas Hobbes, *Leviatán...*, 141.

³¹⁶ Lo que justifica la violencia ejercida por el Estado, con objeto de hacer más probable que se cumplan las expectativas de comportamiento establecidas por las normas jurídicas; ello sin contar la violencia simbólica ya ejercida a través del establecimiento de la verdad acerca de lo justo. Por esa razón, la teoría jurídica nunca puede desprenderse totalmente de la violencia. Ver Roberto Bruna Henríquez, «La violencia del derecho, el derecho a la violencia», tesis para optar al grado académico de Magíster en Filosofía con mención en axiología y Filosofía Política, Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades, 2011; 4 «En este sentido, sugiere Benjamin, todos los análisis que sobre esta tónica se han realizado están inspirados al alero de la teoría jurídica y, en consecuencia, evidencian la misma falencia. Ésta dice relación con que la reflexión del derecho, más que pretender ser el espacio de una crítica de la violencia, tiende a ser el lugar para su justificación o, en el mejor de los casos, un espacio reflexivo que pretende enmarcarla o constreñirla pero en ningún caso eliminarla. Lo antes dicho quedaría demostrado, sigue el autor, toda vez que el “derecho natural” acepta el uso de la violencia como medio para un fin legítimo, mientras que el “derecho positivo” la considera justa en tanto ésta sea el resultado del ejercicio de medios legítimamente establecidos».

protegerse a sí mismo con su fuerza particular, que es condición de la guerra, contraria al fin para el cual se ha instituido todo Estado».³¹⁷

Así, la prerrogativa del Estado de decidir el conflicto, es dispuesto por mor de los propios súbditos, pues de mantener estos su propio poder para decidir el conflicto a su favor, habría guerra de todos contra todos.³¹⁸ Entonces queda lógicamente dispuesta la justificación de la existencia del Estado.

Sin embargo, el poder renunciado por los súbditos y otorgado al Estado instituido en soberano, debe operar bajo condiciones de seguridad jurídica que le otorgue estabilidad y legitimidad. Para ello las decisiones dispuestas deben detentar un grado razonable de previsibilidad, de lo contrario, el soberano se transformaría ipso facto en tirano, al no reconocer las condiciones específicas en que se le ha otorgado dicho poder soberano. Dichas condiciones específicas, suponen normas con pretensiones de universalidad,³¹⁹ dispuestas en códigos ampliamente conocidos, a los cuales el soberano está sujeto al momento de decidir los conflictos entre los súbditos. Por esa razón, para evitar la tentación de que el soberano se convierta en tirano,³²⁰ se divide el trabajo de la soberanía, dejando a una parte en poder de dictar dichas normas con pretensiones de universalidad, y otra parte en poder de decidir en concreto los conflictos con base en dichas normas universales. De esa manera, este último debe decidir sobre la base de dichas normas, sin poder salir de sus contornos, y aquel no estará en poder de decidir conforme a criterios contingentes en los casos concretos hipotéticos, si considera que la norma universal de propia creación previa

³¹⁷ Thomas Hobbes, *Leviatán...*, 147.

³¹⁸ El conflicto del hombre con el hombre, tiene, en definitiva, un sustrato psicológico; Leo Strauss, *La filosofía política de Hobbes*. (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011), 34 «Puesto que el apetito natural del hombre no es otra cosa que afán de preeminencia sobre los otros y reconocimiento de esta preeminencia por los otros, las particularidades del apetito natural, las pasiones, no son otra cosa que maneras particulares de afanarse por la preeminencia y el reconocimiento»

³¹⁹ La universalidad ha sido la constante estrategia del derecho; ver David Garland, *Castigo y Sociedad Moderna; un estudio de teoría social*; Madrid España: Siglo XXI editores, 149; «Majestad, justicia y clemencia, como elementos de una unidad de desempeño, dieron al derecho una estructura ideológica de aparente universalidad social, aunque profundamente clasista».

³²⁰ Fernando Atria, «Sobre la soberanía y lo político», *Derecho y Humanidades* 12 (2006): 60 y 64. doi:10.5354/0719-2517.2011.16197. «Pero la mantención constante de la potencialidad de no-ser impide constituir, esto nos permite trazar la distinción entre tiranía y dictadura a la que ya hemos aludido: la tiranía es una fuerza en potencia que se niega a actualizar sus potencialidades no actualizadas, la dictadura es una fuerza en potencia que por la vía de constituir va progresivamente negando su potencialidad de no-ser. La tiranía, entonces, no es capaz de constituir». «El régimen se auto-comprende como tiranía cuando entiende que la suya es una voluntad no sometida a reglas, es decir, una voluntad que se niega a constituir por la vía de negar las potencialidades no actualizadas».

debe ser modificada. De esa manera, desembocamos en la doctrina de la separación de poderes de Montesquieu.

Si rastreamos la doctrina de la separación de poderes hacia atrás, en el «Espíritu de las Leyes» de Montesquieu nos percataremos que supone que el que juzga con efecto de cosa juzgada no debe ser el que confeccione las leyes, pues si así fuera, se vería tentado a cambiar las leyes si considera que el caso concreto es ligeramente distinto al caso hipotético para el cual fue creada la norma, o simplemente cambia de criterio en relación a cuál debería ser la solución justa del caso. Así, Montesquieu señala que; «No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y del ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y de la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor».³²¹

Por lo tanto, lo realmente importante de la doctrina de la separación de poderes, es que el «súbdito» tenga la seguridad jurídica de que el asunto sometido a la decisión de un tribunal, no será modificado arbitrariamente por quien esté en posición de juzgar, y eso probablemente será así, si el que tiene la función de juzgar es al mismo tiempo el que tiene la función de legislar.³²²

De esa manera, uniendo las doctrinas filosóficas de ambos autores clásicos, se crea, por un lado, un estado de paz social, entregando al soberano el monopolio de decidir lo justo,³²³ pues de lo contrario, las visiones en competencia sobre lo justo de cada uno de ellos,

³²¹ Montesquieu, *El Espíritu de las Leyes*, tomo I. (Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906), 227-228.

³²² Juan Fernández Bermúdez, «A los cien años de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, arbitrio judicial versus positivismo jurídico». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, (Navarra: Thomson Aranzadi, 2007), 55; «aquí nos encontramos, en efecto, ante un “engaño institucionalizado”. Por razones ideológicas, el Estado no puede admitir que sus órganos judiciales decidan por causas distintas de la racionalidad legal, que es la única que las legitima. De la misma manera que los jueces se sentirían lastimados en su dignidad personal si se atribuyeran causas no jurídicas a sus resoluciones»; (...) Es explicable, por tanto, que los jueces sigan creyendo a pie juntillas que su proceder es rigurosamente legalista y que su decisión es el fruto de una mera interpretación lógica de las leyes que manejan».

³²³ Roberto Xavier Ochoa Gavaldón, «Crimen, castigo, perdón y paz, a la luz de la tradición jurídica de Occidente», *Open Insight*, 2017: s.p. Disponible en «<http://bit.ly/2KOUkrd>»; «Más resulta que el mundo moderno se ha dado un instrumento para “asegurar” que la conexión entre lo ideal y lo material se cumpla. Ese instrumento es el derecho, tal como ha sido instituido por la civilización occidental. El derecho moderno es una arquitectura monumental con pretensiones de absoluto».

equivaldría a un estado de guerra natural³²⁴ en donde no existe más pretensión de futuro para el individuo que la de una vida «solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve».³²⁵ Lo que Montesquieu agrega a este panorama, es la necesidad de división de poderes, que cree un estado de seguridad jurídica, en que las leyes serán administradas de manera imparcial por un sujeto adjudicador distinto del que crea las leyes, de quien se piensa caerá en la tentación de cambiarla de acuerdo a la contingencia del caso.

No hay necesariamente en Montesquieu la idea imperiosa de un cuerpo profesional especializado en interpretar las leyes, al contrario, pues preocupado de la posibilidad de la existencia de un poder judicial permanente, que podría constituirse en una facción corporativa y que se tome libertades en la interpretación de las leyes agenda política propia mediante,³²⁶ ha caracterizado el poder judicial como un «poder en cierta manera nulo»,³²⁷ y a los jueces como «seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor».³²⁸ De otra manera, la libertad individual se vería amenazada ante la imprevisibilidad de la decisión judicial.³²⁹

³²⁴ Strauss, *La filosofía política...*, 35; «Arribamos a la misma conclusión al analizar y comparar los argumentos con los que Hobbes, en las tres presentaciones de su filosofía política, demuestra su afirmación de que la guerra de todos contra todos se sigue necesariamente de la naturaleza humana misma. Todo hombre es, por este motivo, el enemigo de los otros hombres, porque cada uno desea sobrepasar a los demás y, por lo tanto, les agrede».

³²⁵ Hobbes, *Leviatán...*, 103.

³²⁶ Aunque hoy por hoy se piensa en el Poder Judicial, como un contrapoder, parte de los frenos y contrapesos institucionales. Para ello el Poder Judicial debe dejar de ser un «poder en cierta manera nulo», para abrazar mayores libertades interpretativas en la adjudicación de la ley; Miguel Ángel Luengo Millán, «Ética y Derecho Social: una introducción», *Revista de Justicia Laboral* 56 (2013): 23; «Y es precisamente porque el Poder Judicial, está separado y es independiente de los dos restantes en la ya clásica y vigente formulación de Montesquieu -que sienta así las bases del Estado de Derecho- por lo que el juez no puede quedar reducido o relegado al papel de “bouche de la loi” que el mismo preconizaba, lo que resulta paradójico con dicha separación, pues limitado de esa forma, se produciría, de algún modo el sometimiento del poder judicial al legislativo, por lo que desde un primer momento se ha de distinguir el imprescindible sometimiento del juez a la ley de la mera labor de portavoz de la misma en cuanto texto normativo, porque esto último limita la actividad de aquel, reduce su actividad hermenéutica a la meramente literal y le impide, como poder —o cuanto menos recorta decididamente- lo que el propio Barón de la Brede afirmaba de que “el poder debe para al poder”».

³²⁷ Montesquieu, *El Espíritu...*, 233.

³²⁸ Montesquieu, *El Espíritu...*, 237.

³²⁹ Los jueces reaccionan frente a esta tendencia de la teoría del derecho, ver Juan Fernández Bermúdez, «A los cien años de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, arbitrio judicial versus positivismo jurídico». 27; «Hoy, frente al positivismo, legalidad y seguridad jurídica, me sumo a los autores que contraponen los conceptos de “falacia de determinismo legal”, “falacia de los cánones hermenéuticos de interpretación”, y “falacia de la lógica jurídica”».

Sin embargo, si bien la libertad individual ha sido siempre el argumento de la necesidad de la separación de los poderes, su justificación ha crecido mediante el argumento de otro tipo de libertad, la libertad colectiva o de agencia del pueblo. En efecto, la democracia radical supone que el pueblo a través de sus representantes se otorga a sí misma las condiciones de su convivencia civil. Luego, a través de la separación de los poderes se evitan dos cosas, primero, que el representante que legisla modifique las condiciones previas que se ha otorgado a sí mismo (leyes) en los casos concretos que se presentan; y segundo, que el llamado a aplicar dichas leyes, no se salga de ciertos contornos, traicionando las condiciones de convivencia civil otorgadas por el legislador. Montesquieu ponía el acento en el primer problema, el cual podía ser evitado quitando el poder de judicatura del legislador. Sin embargo, en el contexto actual las condiciones son distintas, pues, mediante la creencia en la agencia política del pueblo, se pone el acento en el segundo problema, la idea de que el activismo judicial pueda derrotar las condiciones que el autogobierno del pueblo se ha otorgado a sí mismo.³³⁰

Sin embargo, los filósofos del derecho típicamente liberales, como Ronald Dworkin, problematizan la noción de libertad asociada a una agencia política colectiva, pues desconocen que esta última exista verdaderamente. Dice Dworkin, podría existir agencia política del pueblo, si este se pareciera a una orquesta, en la cual existen una serie de individuos conectados hacia un mismo fin, la búsqueda de este fin, le daría unidad a este cuerpo de diferentes individuos. Todas las acciones de un individuo en una orquesta están coordinadas con las acciones de otro individuo, orientadas por un director quien le da unidad de conjunto. Existe, sin embargo, otro tipo de colectividad, en el cual existe una agrupación de individuos, cuyas acciones no están necesariamente conectadas en una unidad.³³¹ Pueden estar todas influenciadas por el contexto en que se encuentran, pues ocupan un mismo espacio, pero los individuos al interior de dicha aglomeración, estarían en último término aislados unos de otros; por ejemplo, el tipo de acción colectiva que se

³³⁰ Fernando Atria (2005), «El Derecho y la Contingencia de lo Político». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho: Universidad de Alicante* (2005), 34; Disponible en «goo.gl/cdHbWZ». «Si el deber de un miembro de un tribunal constitucional es complementar los conceptos constitucionales de igualdad y libertad (etc) con sus *propias concepciones*, entonces todos los conflictos políticos son solucionados por la Constitución así complementada. Podemos prescindir del parlamento y pedirle a los miembros del tribunal constitucional que tomen la decisiones por nosotros».

³³¹ Ronald Dworkin, «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritaria», 27. Disponible en «<http://bit.ly/2Mq8rV2>».

produce en la bajada del dólar por la acción de un sin número de banqueros y corredores anónimos en el mercado de intercambio de divisas extranjeras.³³²

Para que exista agencia política colectiva, el colectivo (pueblo) debe tener una unidad tal que pueda atribuirse a éste una voluntad política, de lo contrario, será sólo una aglomeración de individuos, sin que una voluntad libre pueda atribuirse a ellos en tanto grupo unitario. El pueblo, dice Dworkin, se asemeja más a la aglomeración de individuos, que al de una orquesta sinfónica. Por lo tanto, no se puede atribuir al pueblo, propiamente, un agencia política colectiva, desmontando el argumento contra el activismo judicial, propia del positivismo moderno, en virtud del cual la interpretación judicial contra mayoritaria, vulnera la agencia política del pueblo.³³³

Para comprender la diferencia entre ambas concepciones acerca de la agencia política del pueblo, cabe detenerse en Weber y su distinción relativa entre acción conforme a fines y acción conforme a valores. En efecto, según Weber, existen al menos dos tipos de acción social racional: «1) racional con arreglo a fines: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como «condiciones» o «medios» para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos; 2) racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor -ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se la interprete- propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor».³³⁴

La distinción cobra relevancia al momento de determinar si es posible o no una voluntad política atribuible a un colectivo. En efecto, tratándose de la acción conforme a fines, dicha acción racional es típicamente atribuible a un individuo, que ve en el entorno medios para el logro de fines propios. Este tipo de acción es una acción instrumental que para muchos autores (Habermas entre otros) termina por destacar un tipo de acción individualista que pierde de vista los valores sociales. Por otra parte la acción conforme valores tiene por norte la realización de un valor y se entiende que es de índole más emocional pues esta se limita por principios que se comparten por un grupo humano. Ahora bien, para Weber estás

³³² Dworkin, «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista», 26.

³³³ Dworkin, «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista», 34-36.

³³⁴ Max Weber, *Economía y sociedad*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1987), 20.

acciones no se dan siempre separadas y la acción política puede contar con ambas aunque es habitual que se relacionen las acciones conforme fines como propias de la política lo que le ha costado varias críticas al sociólogo (cfr. Arendt, Habermas). Siguiendo la tipificación weberiana, la acción colectiva a la que se refiere Dworkin dice relación con el tipo de acción conforme fines, en que la aparición de lo colectivo se da solo en segundo plano, y se configura sólo mediante la acumulación azarosa de finalidades individuales. Sin embargo, desde el punto de vista de la acción conforme a valores, la acción supone la identificación, a nivel moral, con valores gestados socialmente. Por lo tanto, la acción conforme a valores supone previamente un entramado moral cuya aparición lleva implícita la intersubjetividad, organizada en un colectivo. Por lo tanto, la acción conforme a valores es una acción que pone en el centro los valores de la comunidad por lo que podría sostener las posiciones típicamente colectivas. De ahí entonces que la agencia política del pueblo, como entidad colectiva, pueda corresponder a un tipo de acción conforme a valores, la cual es, desde luego, atribuible al pueblo como tal porque en ella trata de defender valores que le son relevantes.

Así entonces, la atribución de una agencia política colectiva al pueblo, requiere de una lectura comunitarista para darle mayor plausibilidad, una en virtud del cual se interprete el pueblo, como algo más que la aglomeración de individuos. En efecto, según Rodrigo Santiago Juárez;

«Contrariamente a lo expuesto y defendido por los liberales, los autores de la corriente comunitarista han señalado que más allá de la autonomía personal es necesario reconocer la pertenencia y la identificación del individuo con una comunidad determinada. Las particularidades y nexos de cada uno con la sociedad y con los grupos y comunidades a los cuales pertenece es, desde esta perspectiva, parte fundamental de la comprensión de cada individuo».³³⁵

En este punto de nuestra reflexión, apuntamos aún al pueblo como unidad política típica, pues se atribuye a él la voluntad que produce un derecho global, por encima de los subsistemas sociales diferenciados. Sin embargo, en el punto N° 4 de este capítulo,

³³⁵ Rodrigo Santiago Juárez, «El concepto de ciudadanía en el comunitarismo», *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 23, (2010): 156.

comenzaremos un ejercicio de deconstrucción sociológica de la función del derecho y del Estado, que nos permita trasladar la lógica de la deliberación política pública atribuible al pueblo, al subsistema social diferenciado que es la empresa, con los matices que serán explicados en el acápite ya mencionado.

La identificación del individuo con una comunidad, hace de hecho más plausible la existencia de una agencia política colectiva. Sin entrar en el análisis de fondo de si es bueno o no que exista dicha identificación, parece ser una cuestión de hecho la existencia de este tipo de vinculación del individuo con su entorno. Así, la comunidad política parece ser algo más que la aglomeración de individuos, denotándose en éste un conjunto de prácticas basadas en normas éticas y morales, que dan sustento a un tejido social que les otorga unidad de conjunto, tramando de esta forma la identificación del individuo con su comunidad. Vistas las cosas desde la lectura comunitarista, la existencia de una comunidad propiamente tal, es algo de lo que no puede dudarse. Así, siguiendo a MacIntyre, uno de los principales autores vinculados a la corriente comunitarista; «La aplicación de esa medida en una comunidad cuyo fin compartido es la realización del bien humano presupone por descontado un amplio margen de acuerdo en esa comunidad acerca de los bienes y de las virtudes, y este acuerdo hace posible la clase de vínculo entre los ciudadanos que, según Aristóteles, constituye una polis. Ese vínculo es el vínculo de la amistad, y la amistad es ella una virtud. Este tipo de amistad que contempla Aristóteles es el que conlleva una idea común del bien y su persecución. Este compartir es esencial y primario para la constitución de cualquier forma de comunidad, se trate de un estirpe o una ciudad»³³⁶

La visión comunitarista, bienintencionada y con mucho respaldo filosófico, confunde, sin embargo, varios aspectos vitales. En efecto, el punto de esta tesis no es defender una visión contraria a la existencia de una comunidad, pero tampoco defendemos la necesidad de crear simbólicamente una comunidad, cuando las personas no tienden a ella espontáneamente, como el caso del estado-nación. Más bien, las comunidades que se tienden a crear espontáneamente, son aquellas que están diferenciadas de la sociedad global, la cual es objeto de regulación por parte del estado-nación. Por lo tanto, nos parece que la necesidad de crear simbólicamente una sociedad global, en que exista un amplio acuerdo sobre la idea

³³⁶ Alasdair MacIntyre, *Tras la Virtud*. (Barcelona: Editorial Crítica, 2004), 207.

del bien, se entronca en la necesidad de crear una teoría ética global, es decir, de plantear una verdad universal. Como cada uno de nosotros puede ver, esta necesidad en la práctica, no aglomera a las personas, sino que más bien produce efectos separativos, pues en torno a la lucha sobre la primacía de la propia concepción del bien, se produce la separación entre los agentes de esa lucha. Luego, en ese contexto no puede haber amistad, más bien conflicto; el estado-nación es el espacio simbólico de acción y de reacción política basada en la idea propia acerca del bien que debe prevalecer.

Nos parece que la amistad de la que habla MacIntyre, debe fundamentarse no sobre un hipotético acuerdo acerca de la idea del bien, sino más bien en la dirección contraria, en su matización, suspensión, o definitivamente su olvido, pues la mantención de esa opinión es incompatible con un contexto de comprensión, apoyo y aceptación que es propio de la amistad. Luego, en un contexto de comprensión, apoyo y aceptación, el bien surge naturalmente, no como idea.

Para efectos de explicar mejor este punto: los acuerdos acerca de la idea del bien, presuponen identificaciones psicológicas con corrientes de pensamiento de diverso tipo, a la que cada uno accede con objeto de procurarse un acceso privilegiado a la realidad. Por lo tanto, la contraposición de visiones en este punto arroja inevitablemente conflicto y división. Por supuesto que esta contraposición puede tener distintos intensidades y niveles, pero normalmente, la deliberación política pública se caracteriza por esa fragmentación conflictiva entre visiones, con la más alta intensidad de confrontación. Luego, mientras menor sea la intensidad de la identificación, mayor es la amistad que puede producirse en dicha conversación. Por otro lado, la mayor intensidad de esa amistad, es aquella en virtud del cual no hay ninguna identificación ideológica, sino que se parte y se termina en lo concreto, sin necesidad de aplicar ideas abstractas sobre el bien. Por eso este bien es espontáneo, pues no surge de una idea esquemática del bien común. Sin embargo, para aprender a efectuar una conversación de este tipo, es necesario ir, paulatinamente, bajando del más alto nivel de abstracción y universalidad que provienen de las normas estatales, hacia los subsistemas sociales diferenciados, para que, en lo concreto de sus asuntos, exista una mayor apertura hacia una conversación de otro tipo, una en que prime la amistad y no la confrontación de ideas abstractas con las que las personas se encuentran identificadas.

Por otro lado, tampoco es parte de esta tesis, señalar que sociedad global es inherentemente inexistente, y que en cambio, el individuo posee una realidad concreta, insoslayable e irrefutable, y que por lo tanto, debe mantenerse autónomo respecto de las pretendidas comunidades que le sirven de sistema de referencia. Más bien al contrario, el individuo es una realidad meramente simbólica lo mismo que la comunidad de la que forma parte. También MacIntyre hace hincapié en la simbiosis entre individuo y comunidad, pero no profundiza en el carácter meramente simbólico de aquellas, sino que acepta su realidad concreta. En efecto, MacIntyre señala; «Por tanto, en buena parte de los mundos antiguo y medieval, así como en muchas otras sociedades pre-modernas, el individuo se identifica y constituye en sus papeles y, a través de ellos, papeles que ligan al individuo a las comunidades y mediante los cuales, sin que quepa otro camino, deben alcanzarse los bienes específicamente humanos; yo me enfrento al mundo como miembro de esta familia, de esta estirpe, esta clase, esta tribu, esta ciudad, esta nación, este reino. No hay “yo” fuera de todo eso».³³⁷

Desde luego que individuo y sociedad son dos caras de la misma moneda, no dos realidades separadas, el individuo es, matices más, matices menos, lo que la sociedad es. El individuo se identifica con las concepciones de la vida buena que se han gestado a nivel social, inclusive la idea misma de individualidad se ha gestado a nivel social. Por lo tanto, el individuo que supone estar separado de lo social, está, por eso mismo, íntimamente inserto en ella, porque la idea de su individualidad es una idea social.

Pero esto nada nos dice acerca de la objetividad de la idea del bien que se adscribe dentro de la sociedad, pues no se trata que el individuo adscriba la idea del bien gestada de manera uniforme, más bien participa de la lucha de concepciones acerca de esta misma idea, en el espacio simbólico de lucha que es la sociedad. Esto es, entre individuo y sociedad existe una indesmentible continuidad, pero la identificación del individuo con una idea del bien gestada a nivel social, supone entrar en una pugna de ideas en competencia. Desde luego que en este contexto no puede haber objetividad en la idea del bien, sin embargo, para los estudiosos del comunitarismo; «Por el contrario, los filósofos comunitaristas pretenden restaurar la objetividad de los juicios morales. Si aceptamos que la razón práctica puede

³³⁷ MacIntyre, *Tras la Virtud*, 228.

distinguir entre formas de vida valiosas y no valiosas, ¿cuáles son los argumentos que sostienen el mutismo estatal sobre estas cuestiones? De otro modo, ¿por qué los ciudadanos no pueden instaurar formas de organización de la vida política respondiendo públicamente a la orientación moral con la que se identifican?»³³⁸

Lo primero que puede decirse es que no se señala por parte del comunitarismo, cuál sería la forma en que se llega a una objetividad de los juicios morales. Somos escépticos en relación a que tal cosa pueda existir realmente. Más bien lo que el comunitarista quiere decir, es que a nivel de sociedad existen concepciones del bien al cual los individuos adhieren, y por lo tanto, no sería subjetiva, sino que trascendería al individuo mismo, y al estar generada socialmente, esta idea del bien deviene objetiva. Pero lo que se omite, es que las ideas del bien, participan en una pugna, una lucha simbólica, por lo tanto no son objetivas, son objeto de separación y discordia.

Ahora bien, en relación a la pregunta final que se hace en la cita más arriba, «¿por qué los ciudadanos no pueden instaurar formas de organización de la vida política respondiendo públicamente a la orientación moral con la que se identifican?»³³⁹ Primero, porque estas orientaciones morales son discrepantes, aunque para el comunitarismo esto no debe ser una razón suficiente para responder negativamente a la pregunta, por lo tanto, vamos más lentamente.

Tanto el individuo como la comunidad, que para estos efectos son lo mismo, ensaya ideas del bien que pretende universalizar a nivel de la sociedad global, estas ideas generan separación en un contexto de lucha simbólica, para ello se ha creado el derecho del estado-nación, para asegurar de un sector gane esa lucha, y de esa manera se logre un paz simbólica, y cese el conflicto al menos en alguna área que requiera de una respuesta moral. Sin embargo, como es posible ver en la práctica, el derecho no genera paz simbólica, sino que es otra herramienta de la lucha de concepciones acerca de cuál es el bien que debe primar en la sociedad. Es una herramienta para la lucha, no para la paz. Aparentemente, el comunitarista no ve que esta lucha es un círculo interminable, y al mismo tiempo no es capaz de ver que esta lucha es en sí el origen del problema social, no la vía para la solución

³³⁸ Rubén Benedicto Rodríguez, «Liberalismo y Comunitarismo, un debate inacabado». *Stadium, Revista de Humanidades* 16 (2010): 221.

³³⁹ Rodríguez, «Liberalismo y Comunitarismo, un debate inacabado» 221.

de un problema que ellos designan como opuesto a una concepción del bien. Por qué decimos que es el origen del problema social. Primero, porque la lucha de ideas es lo que ha caracterizado al ser humano en su historia, y en este contexto de lucha, siempre ha menospreciado la realidad realmente existente, por una idea acerca de cómo debería ser la sociedad, al estado, a la comunidad, el individuo, etc. Siempre existirá una discrepancia entre lo que es y lo que debería ser. El problema de esta discrepancia es que no deja entrar un orden espontáneo a las relaciones entre las personas, en que el bien real se pueda dar de manera natural, no conforme a una idea. La idea del bien no deja entrar el bien real, así como la idea de comunidad no deja entrar la comunidad real. Sin embargo el comunitarista camina en la dirección contraria, y pretende oponer a la realidad existente, una sociedad civil perfecta; «Solamente en una sociedad civil perfecta, en lo que no hubiera restricción de oportunidades y derechos no sería necesaria la intervención estatal. Pero al no poder darse tal situación, la intervención estatal se hace necesaria con tal de garantizar que los conflictos dentro de la Sociedad Civil no sean siempre ganados por un mismo grupo, logrando así una mayor igualdad entre los diferentes grupos sociales que la componen».³⁴⁰

Por lo tanto, mientras sostengamos ideas acerca del bien, ninguna sociedad civil podrá ser perfecta, pues siempre habrá discrepancias al respecto. Por ello, mientras existan ideas acerca del bien, habrá Estado. La cita recién mencionada es una forma no demasiado sutil de decir que la presencia del Estado es inevitable, pues siempre habrá disconformidad entre lo realmente existente y aquello que proviene de las teorías políticas, éticas y morales que dan vida a la discusión política y fundamentan la existencia de un aparato administrativo que busca dar por ganador a una de las concepciones en competencia. Ahora bien, con esto no se quiere decir que la solidaridad no tenga cabida en el mundo, más bien al contrario, la solidaridad sólo proviene con la superación de la fragmentación. El problema de la visión comunitarista, es que no comprende que perseguir un acuerdo acerca de la idea del bien, contribuye a la fragmentación en vez de terminarla, pues permite la identificación sectorial, y en definitiva individual, con una concepción que se pretende universalizar al nivel de comunidad. Esto es así por cuanto, las ideas del bien son ideas en competencia, las cuales no están creadas para confluir, sino para buscar su realización hegemónica, la cual produce

³⁴⁰ Ramón A. Feenstra, *El Concepto de Sociedad Civil en Michael Walzer*, Disponible en <<http://bit.ly/2LK7bLL>>: 6-7.

división y conflicto permanente, cuadro que, básicamente, es el que podemos observar día a día en la realidad política.

Por lo tanto, estaremos más cerca de terminar esta fragmentación, si relativizamos las ideas del bien que pretenden gestarse a nivel de la sociedad global, porque en la lucha por su establecimiento la fragmentación se produce. Ahora bien, eso podemos hacer para que la fragmentación no avance, pero qué es lo que positivamente podemos hacer para que retroceda. Una de las cosas que podrían efectuarse, es que el individuo participe de manera más activa en la configuración de reglas en la comunidad a la que realmente pertenece, no la que idealmente se pretende crear, y de un modo concreto, no por medio de ideas abstractas acerca de lo que debería ser versus lo que es (esto es, en términos filosóficos). La participación efectiva del individuo en la comunidad que de hecho existe (no como idea), difumina la diferencia entre el individuo y esa comunidad, a través de un proceso en que la reflexión concreta sobre las condiciones de vida de esa comunidad, no da lugar a ideas abstractas con las que el individuo se pueda identificar, pues son reflexiones que se producen momento a momento, actualizándose a cada instante. Ahora bien, tampoco el individuo debe identificarse con la comunidad a la que pertenece, puesto que esa es otra idea abstracta que genera fragmentación, esta vez entre comunidades, el individuo simplemente es la comunidad. El individuo es depositario de las ideas creadas a nivel social, los cuales perfilan sus contornos psicológicos, de personalidad y de planes de vida, los cuales son ideas que entran en conflicto con individuos de otras comunidades, y en último término, se vuelve contra los otros individuos de la misma comunidad. Por eso es importante crear lazos de comunidad sin identificación con las ideas que surgen en ella, para que esta se vaya actualizando espontáneamente. En ese punto, el individuo al entrar en la conversación sin identificación con ideas previas, entra a la conversación ya no como individuo, sino que él *es* el lazo comunitario que produce la conversación. En ese sentido, el individuo es la comunidad.

Al decir de Taylor «una sociedad fragmentada es aquella cuyos miembros encuentran cada vez más difícil identificarse con su sociedad política como comunidad».³⁴¹ Pensamos más bien que la fragmentación se da con la identificación, no con la falta de ella. Esto es, habrá

³⁴¹ Charles Taylor, *La ética de la autenticidad* (Barcelona: ediciones Paidós Ibérica), 142.

fragmentación si el individuo al dejar de identificarse con la sociedad global, se identifica con un subsistema social, el cual produce fragmentación entre los distintos subsistemas sociales. A su vez, si se identifica con el estado-nación, entonces da lugar a la forma típica de fragmentación del ser humano moderno, que divide la humanidad en países. Por lo tanto, la identificación es la que produce la fragmentación, al mismo tiempo que comunidad es sinónimo de fragmentación, no de unidad, a menos que dicha comunidad se desarrolle de manera espontánea, sin identificación.

Luego, si el individuo no posee un sistema de referencia valorativa, otorgado por la idea de comunidad, entonces su propia individualidad queda desestabilizada, desestabilizándose con ello el último reducto de fragmentación, que es el individuo. Ahora bien, si no existen verdades universales a las que apelar, ni referencias morales provistas por la sociedad global con las cuales identificarse, qué nos queda. Al respecto, nos queda la reflexión sobre los aspectos concretos de nuestro diario vivir, que se desarrollan en las comunidades realmente existentes, a las que pertenecemos sin necesidad de la idea de pertenecer. Desde luego, los subsistemas sociales diferenciados se acercan más a este perfil que la sociedad global. En este punto, la reflexión concreta sobre los aspectos a regularse en las comunidades realmente existentes, debe enmarcarse en lo concreto, no respecto de abstracciones normativas o éticas que provienen desde fuera de la comunidad, de lo contrario, aparece nuevamente una lucha de concepciones que termina en la fragmentación. Esto no significa que no exista desacuerdo, pero es muy diferente un desacuerdo sobre aspectos concretos, apegados al desarrollo de lo que se vive en la comunidad, a un desacuerdo sobre concepciones abstractas sobre las cuales los individuos poseen identificaciones psicológicas, y que dicen relación con concepciones acerca de cómo debe ser la sociedad global.

Sin embargo, la idea comunitarista supone la identificación del individuo con el estado-nación, y junto con ello, se justifica sustancialmente la existencia de éste. Ahora bien, el hecho de la identificación de un individuo con una comunidad, nada dice respecto de qué comunidad es la que se forma y da sentido de referencia al individuo, puede ser la familia, la tribu, la junta de vecinos, el barrio, el estado-nación. Ahora bien, el tipo de comunidad a la que se le atribuye típicamente la facultad de crear derecho coercitivo, es la del estado-

nación. Sólo así puede justificarse la agencia política del pueblo, identificando a este con el hecho de la existencia del estado-nación. Desde luego, que las otras comunidades de nivel inferior poseen también capacidad jurídica, pero siempre dentro del contexto mayor del derecho del estado-nación. Esta última variante es la que debe justificarse para hablar con propiedad de la idea de pueblo.

Ahora bien, asumiendo que el estado nación existe como comunidad, cosa que por el momento, sólo asumiremos, la libertad política del estado-nación expresada a través de leyes, no debe poder ser derrotada conforme a interpretaciones políticas, morales y éticas propias de la judicatura, para ello, se construye desde la ciencia del derecho, una justificación de la separación entre la moral y el derecho, o entre las concepciones políticas de diversa clase y el derecho, con objeto de aplicar dichas leyes sin contradecir la agencia política del Estado.³⁴²

Para no perder el hilo conductor de este capítulo, debemos especificar que aún estamos efectuando una caracterización del modelo general de funcionamiento del derecho, y su justificación. Luego, en el punto N° 4 de este capítulo, comenzaremos un ejercicio de deconstrucción sociológica de la función del derecho y del Estado, que nos permita trasladar la lógica de la deliberación política pública atribuible al pueblo, al subsistema social diferenciado que es la empresa, con los matices que serán explicados en el acápite ya mencionado.

1.1. Ley y procedimiento democrático;

El artículo 1° del Código Civil chileno expresa: «la ley es una declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite». Dicha definición de ley ha sido ampliamente criticada por la doctrina civilista, en

³⁴² Se ha ensayado una justificación del Estado en términos éticos, con resonancias hegelianas; Miguel Ángel Luengo Millán, «Ética y Derecho Social: una introducción», 9; «un comportamiento ético, mira, pues, preferentemente al ámbito de lo público», o cual (...) da como resultado la consolidación del Derecho como parte de la Ética, “puesto que la realización de la moral, en el pensamiento hegeliano, es el Derecho y la realización del Derecho sólo es posible en el Estado”, y ello porque desde esa perspectiva filosófica “la moral íntima carece de relevancia pública (y) la única moral exigible es ante un tribunal de justicia, de tal modo que la moralidad se subsume en la Ética y ésta en lo público”».

función de los escasos o nulos elementos de fondo que incorpora en su concepto, haciendo prevalecer más bien elementos procedimentales o formales.³⁴³

En efecto, entre otros ha sido Jürgen Habermas quien, consciente del contexto posmoderno en el que vivimos, ha notado el declive de las bases de justificación sobre las que reposa el estado-nación. Primero, ha sido la religión quien ha desaparecido del fondo de fundamentación del estado, base justificatoria tomada de las antiguas monarquías medievales, para luego, derivar del patriotismo o nacionalismo la fundamentación de existencia de dicho estado-nación.

En este punto es que las teorías de la democracia procedimental o deliberativa entran en escena. En efecto, ante la desaparición de la idea de la existencia Estado, a partir de la desaparición de su fundamentación religiosa, nacionalista o de moral objetiva y universal, surge la necesidad de darle continuidad a través de la libre comunicación de las opiniones en un espacio público. Mediante este acto deliberativo, se deben determinar las concepciones éticas que prevalecerán en la sociedad, expresadas mediante leyes, al mismo tiempo que otorgar legitimidad y sustancialidad a dicho espacio público de toma de decisiones, es decir, el estado. En palabras de Pineda Garfias, «La concepción de una política deliberativa supone, en primer lugar, que nos encontramos ante una sociedad moderna y plural donde no se puede apelar a un consenso teológico o metafísico para justificar la legitimidad de un orden de dominación».³⁴⁴ En otras palabras, este orden de dominación se justifica a sí mismo, a través de un proceso de toma de decisiones abierto y plural, en que todas las concepciones políticas y éticas se encuentran representadas y son escuchadas, debiendo el procedimiento democrático garantizar las condiciones para que dicha conversación pueda tener lugar.

³⁴³ Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil. Parte General*, 4^o edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011) 45; «Esta definición ha sido criticada en cuanto a su forma y en cuanto a su fondo.

En cuanto a la forma, en cuanto se señala que la redacción es poco feliz, ya que la ley parece mandar, prohibir o permitir, por haber sido manifestada en la forma prescrita en la Constitución y no por ser la voluntad soberana.

En cuanto al fondo, porque no señala las características específicas de la ley. En especial se aduce que al dar a la ley una validez solamente formal, no señala que debe adaptarse a ciertos principios de justicia natural, a ciertas fórmulas consideradas válidas en cualquier sociedad».

³⁴⁴ Rodrigo Pineda Garfias, «La democracia deliberativa». *Ius et Praxis* 8, n.º 2 (2002): 608.

Así, es condición de legitimidad de la legislación, que se verifique el contraste entre las diversas concepciones morales, en un espacio público en que se verifique el contraste con el resto de las concepciones morales, y se tome una decisión basada en el respeto, la legitimidad del otro y su inclusión en el procedimiento deliberativo, basado en la racionalidad discursiva.

Este procedimiento democrático, al mismo tiempo que genera las posibilidades para una conversación acerca de los mejores valores sociales, posee una función constitutiva respecto de dicho espacio, pues como dijimos páginas más atrás, el orden de dominación se justifica a sí mismo.

Así, el crecimiento del pluralismo de valores, hace cada vez más improbable volver a una fundamentación con una ética cerrada del estado, al menos no en un sentido sustancial, lo que exige a su vez, un procedimiento deliberativo cada vez más exigente en cuanto a su capacidad de inclusión de perspectivas y llegar a consensos.

Por lo tanto, la fundamentación ética del Estado, (la que se le otorga discursivamente, no la que posee inherentemente) debe ser actualizada de instante en instante, considerando la realidad que va cambiando. Ahora bien, dado que la existencia del Estado depende de su auto justificación en el contexto de la democracia deliberativa y procedimental, entonces, el ejercicio permanente de dichos procedimientos democráticos, ayuda a constituir en la práctica la realidad del estado. Por esa razón, dada la insubstancialidad del Estado, aparece como aún más necesaria la justificación de la autonomía de su producto más importante: el derecho. Así, el Estado existe a través del derecho que dicta, y como tal, debe tener el monopolio del poder para dictar el derecho. En las páginas siguientes analizaremos cómo los filósofos del derecho fundamentan la autonomía del derecho -y por ende del Estado- y la justificación del monopolio del Estado para la dictación del derecho, condición para la existencia del Estado mismo.

1.2 Concepción científica de la aplicación tradicional del derecho.

En efecto, la necesidad de otorgar autonomía, rigurosidad y científicidad al derecho, que tuvo su máxima expresión a partir de los años veinte del siglo pasado, dio origen a un modelo teórico jurídico denominado positivismo-jurídico, del cual Hans Kelsen fue su

prominente iniciador.³⁴⁵ Dicho movimiento de rigurosidad científica del derecho tuvo lugar en el contexto de un movimiento mucho más amplio por la rigurosidad de la ciencia en general, en el denominado Círculo de Viena, del cual Hans Kelsen formaría parte. El propósito general era construir un tipo de derecho que estuviera liberado de todo tipo de ideología, no en el sentido de que el derecho no pudiera representar institucionalmente algún tipo de ideología, pero sí en el sentido de traducir el lenguaje ideológico a un lenguaje técnico, neutral y universalizante,³⁴⁶ de manera tal que en su interpretación y aplicación, no fuera necesario recurrir a algún tipo de construcción ideológica. De esa manera se funda una ciencia jurídica,³⁴⁷ que en si misma puede ser considerada una ideología, pues representa una interpretación del mundo, pero puede ser considerada una ciencia, en la medida que posee un carácter propio, autonomía respecto de las ideologías políticas, autonomía respecto de las reglas morales, y que tiene cánones y métodos propios de interpretación. Al decir del propio Kelsen, «[n]o es contradictorio como a primera vista parece, el hecho de declarar que el derecho constituye una ideología, por relación a la realidad natural, y exigir, al mismo tiempo una teoría jurídica “pura”, es decir, antiideológica».³⁴⁸ En efecto, lo que caracteriza su carácter de derecho es la forma de su instauración, no su contenido por sí mismo, pues si así fuera entonces la interpretación del derecho estaría determinado por contenidos ideológicos; «su validez no es cuestión de contenido. Cualquier contenido puede ser derecho; no hay conducta humana que no pueda ser contenido de una norma jurídica. Una norma vale como derecho únicamente porque nació de una cierta manera, porque fue creada según una regla determinada, porque fue

³⁴⁵ Friedrich Stadler, *El Círculo de Viena; empirismo lógico, ciencia, cultura y política* (Fondo de Cultura Económica: 2010), 81. «De manera similar a como ocurre con el austro-marxismo y el empirismo lógico, también en el imperio austro-húngaro pueden detectarse las raíces de un tercera escuela de pensamiento que habría de cobrar celebridad, la escuela jurídica vienesa de *la teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen, caracterizada por un sincretismo de neokantismo, neopositivismo y psicoanálisis».

³⁴⁶ En el campo jurídico se sigue pensando el derecho en estos términos, a partir de Kelsen. Ver Cristóbal Carmona Caldera, «Derecho y violencia: reescrituras en torno al pluralismo jurídico». *Revista de Derecho* XXII (2) 2009: 11«A pesar del tiempo transcurrido desde la salida de la teoría pura de derecho de Kelsen (*Reine Rechtslehre*, 1934), y de las múltiples revisiones críticas que se han hecho a su obra, basta un momento para darse cuenta de que el monismo que el jurista austríaco desplegaba en ese entonces –en tanto idea de que el derecho sólo existe en la forma de un sistema único, objetivo y universal- todavía es parte importante de la cultura jurídica de nuestro país».

³⁴⁷ Manuel Calvo García, «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho», *AFD* XXVIII (2012) 35; «La Teoría del derecho ha construido un concepto de derecho profundamente estatista, racional y formal. Esto es, asentado en un modelo según el cual el Estado monopoliza en la práctica la fuentes sociales del derecho y su aplicación siguiendo patrones de racionalidad formal».

³⁴⁸ Hans Kelsen, *El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. (España: editorial Reus, 2009), 47.

producida de acuerdo a un método específico».³⁴⁹ La necesidad de la separación antes aludida es radical, tanto así que, que el derecho como ciencia necesita de una formulación primigenia fundante, de una teoría, norma, hipótesis que funde su particularidad lógica. Así como el teorema de Pitágoras es para las matemáticas y el teorema de Euclides es para la geometría, la *primera constitución histórica* es la norma fundante del derecho.³⁵⁰ De esa manera Kelsen establece la especificidad propia del derecho en tanto ciencia, separándola del resto de los fenómenos del mundo, a través de esta norma fundante hipotética que es la primera constitución histórica.³⁵¹ A tal punto llega la necesidad de una ruptura con las consideraciones morales, políticas e ideológicas, que las normas más abstractas de un ordenamiento jurídico, como los derechos fundamentales establecidos en la constitución, deben ser interpretados y aplicados por un tribunal especializado, con argumentos cada vez más técnicos y menos políticos.

Otros teóricos del derecho, conscientes de la necesidad de la separación entre la política y el derecho, no llegan al punto de concederles poder a tribunales especializados para interpretar las normas más abstractas de un ordenamiento jurídico (contenido material de la constitución), pues dichas normas abstractas no pueden ser objeto de un análisis técnico, que es el que compete al análisis jurídico. Además, si a través de estas normas se interpretan otras normas de inferior jerarquía, que es la labor que compete a todos los tribunales constitucionales, se corre el riesgo de excluir a priori tendencias ideológicas que no podrán encontrar sustento en el lenguaje jurídico. De esta manera se pierde, según Carl Schmitt, un principio de *justicia material* sobre el que descansa el sistema de legalidad: «tal

³⁴⁹ Kelsen, *El Método...*, 64.

³⁵⁰ Kelsen, *El Método...*, 65.; «Pero si se pregunta por el fundamento de la validez de la constitución, en la cual se basan todas las leyes y todos los actos jurídicos realizados sobre la base de las mismas, se va a parar, quizá, a una constitución histórica, otorgada por algún usurpador o por algún parlamento constituido no importa cómo.»

³⁵¹ Y por esta razón se considera en sí mismo un sistema cerrado y autorreferencial. Ver Sandra Milena Gómez Santamaría, «El derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales». *Estudios de Derecho* 147 (2009): «Los estudios jurídicos tradicionales entienden de derecho básicamente como una estructura que proporciona orden social, pero cuyos fundamentos teóricos no se encuentran más allá de esa misma estructura. Se trataría entonces de un sistema autorreferente, que encuentra sus explicaciones en sí mismo y que es visto a partir de conceptos abstractos como la coherencia, la neutralidad y la universalidad.»

principio es el de la *igualdad de chance*, para alcanzar esa mayoría, abierta a todas las opiniones, a todas las tendencias a todos los movimientos concebibles».³⁵²

En el contexto chileno y con un gesto que sigue que relaciona lo político y el derecho, el filósofo del derecho Fernando Atria reconoce la necesidad de sustraer de los tribunales en general, la competencia para interpretar normas abstractas reconocidas como derechos fundamentales, dada la inevitable posibilidad de introducir al derecho, subrepticamente, elementos de carácter moral, ético o político. Ante ese escenario, las *partes* de una causa no podrán prever adecuadamente lo que el derecho *dice*, afectándose severamente la seguridad jurídica, ingrediente fundamental para conservar la libertad del ciudadano ante la regulación heterónoma del Estado. Luego, si elevamos esto a la posibilidad de que tribunales contra mayoritarios interpreten normas fundamentales en base a contenido ideológico, entonces se pierde la libertad de la sociedad, para otorgarse sus propios estatutos.³⁵³

De esa manera, se fundamenta la independencia del derecho respecto de la moral y de la política, y es estatuido en tanto ciencia. Ahora bien, no sólo se fundamenta en tanto ciencia autónoma, sino que se fundamenta el monopolio de *decir lo justo*,³⁵⁴ pues las partes involucradas en el conflicto son incapaces de decidir objetivamente lo justo, pues están demasiado cerca de sus propios intereses para ver el cuadro completo. Por lo tanto, sólo un tercero imparcial, en una posición epistemológicamente superior a las partes, puede decidir lo que es justo, de acuerdo a una batería de argumentos normativos, sujetos a una profilaxis previa de la moral, de la ética y la política. Esta batería de argumentos normativos deben ser interpretados no conforme a aquello que se intenta dejar de lado (moral, política, ética, religión, etc.), sino de acuerdo a criterios técnicos, los cuales serían, en el contexto de la legislación chilena, las reglas de interpretación jurídica de los artículos 19 a 24 del Código

³⁵² Schmitt, *Legalidad...*, 43-44.

³⁵³ Atria, «El Derecho y la Contingencia de lo Político», 44-49; Es el mismo sentido en que se expresa Kelsen, *El Método...*, 39; «Y precisamente por lo mismo, tiene que luchar con la más violenta oposición por parte de la teoría tradicional del Derecho, que no soporta fácilmente el admitir que el orden de la república soviética es un orden tan jurídico como el de la Italia fascista o el de la Francia democrático-capitalista».

³⁵⁴ Luis Felipe Dávila Londoño, «El derecho y la violencia: una polémica relación pensada desde Nietzsche y Foucault», *Revista CES Derecho* 6 (2015) 114. Disponible en «<http://bit.ly/2NnuMTI>»; «En el fenómeno griego arcaico, la verdad y su instauración está íntimamente relacionada con las formas tiránicas, y con tiranos sabios que se imponen sobre el colectivo por medio de la violencia y que dentro de los procesos judiciales instrumentalizan».

Civil. De esa manera, no cualquier interpretación de las normas es plausible en el contexto científico del derecho, sino la interpretación de los expertos en la ciencia jurídica.

De esa manera, es el juez quien puede resolver el conflicto, en abstracto, las partes no lo pueden hacer, pues están envueltas en el conflicto de manera tal que su juicio no alcanza para dar solución al mismo. Dicha posición epistemológica superior es brindada por la ley, la que es construida de manera científica, para asegurar su independencia de la ética, de la moral y de las concepciones políticas, para que no pueda el juez derrotar la forma en que la ley da solución en abstracto al conflicto de las partes.

Ahora bien, el análisis hobessiano nos induce a una forma de legalismo fuerte, en virtud el cual el soberano está en posición de determinar los términos de la interacción social, de manera tal que unos súbditos no influyan en la libertad de otros súbditos, libertad ésta considerada en términos negativos. Como la influencia ilegítima en la libertad de otro, puede ser interpretada de distintas maneras por el que se dice obstruye la libertad como por quien señala su libertad ha sido obstruida, surge entonces la necesidad de un soberano que resuelva el problema de una vez y para siempre, so pena de que el conflicto de libertades escale en un conflicto mayor que termine por obstaculizar las libertades de ambos. Esto es, la necesidad del soberano por determinar por sí y ante sí, el conflicto de libertades, surge de la necesidad de evitar la guerra de todos contra todos. Sin embargo, han surgido teóricos que se han puesto a la tarea de matizar esta caracterización esquemática y general de las teorías del pacto social, a partir de la idea misma de libertad. En efecto Luc J. Wintgens, en su texto «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», señala que;

«La razón para concluir el contrato social coincide con la finalidad del Estado o el propósito general del sistema legal. Desde esta perspectiva, puede preguntarse si la libertad en sentido moral puede ser el propósito general del sistema legal.

Si la libertad en sentido moral puede ser el propósito general o el *leit motiv* del sistema legal, tenemos una versión más fina del contrato social. En esta versión, *es el derecho el que hace posible a la moral*. Esto incluye una diferente caracterización de la relación entre derecho y moral, la cual simplemente apunto sin profundizar en

ella. Baste decir que en esta caracterización de la relación entre derecho y moral, la moral tiene una prioridad sobre el derecho».³⁵⁵

Así entonces, si la libertad es el fundamento del sistema legal, aquella debería tener prioridad sobre el mismo sistema legal, e influir en las decisiones del mismo al momento de tomar las decisiones sobre la forma de la concurrencia de las libertades entre los individuos. En este punto, entraría un concepto moral de libertad, a irradiar la interpretación sobre las decisiones del soberano respecto de la libertad de los individuos, en este punto, se abre la necesidad de la prioridad de la moral por sobre la ley. En todo caso, en este punto supone una concepción de la libertad que se oponga a la forma en que el soberano administra la libertad, y respecto del cual, sirva como parámetro para juzgar, de manera constante y sucesiva, cómo es que las concepciones sobre la libertad del soberano, se justifica para administrar o limitar las concepciones de libertad de los súbditos;

«En la libertad como *principium*, cualquier limitación externa de la libertad debe ser justificada. Esto viene a justificar la sustitución de una concepción sobre la libertad por una concepción de la libertad. El deber de justificación es de lo que trata la jurisprudencia. La jurisprudencia es concebida como una teoría racional de la legislación. Esto consiste en una elaboración de la idea de la libertad como *principium*.

La justificación de la legislación es marcada como un proceso de pesar y balancear la moral y las limitaciones políticas de la libertad. Sobre el carácter racional de la legislación es requerida una estructura de principios. Con ayuda de esta estructura, las limitaciones externas pueden ser justificadas. La justificación es parte del proceso de legitimación».³⁵⁶

Por lo tanto, este modelo de pacto social supone, que el poder del soberano no está justificado de una vez para siempre, a través de un razonamiento artificial en que los súbditos le entregan el poder de decidir acerca de las limitaciones externas a la libertad, sino que este proceso de justificación es continuado y reformulado de manera casuística, a

³⁵⁵ Luc J. Wintgens, «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», *Doxa* 26 (2003) 269-270.

³⁵⁶ Luc J. Wintgens, «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación» 271.

través de la necesaria impregnación entre la moral y la interpretación de la política legislativa. Por lo tanto, entre una y otra existe una relación de lo general a lo particular;

«En el opuesto de las circunstancias concretas, encontramos una realidad social ahistórica. Esta es la realidad social como es concebida a través del espejo del legalismo fuerte. El legalismo fuerte apunta a *apagar el botón el tiempo*. Por el contrario, el legalismo débil o la forma de legalismo que está detrás de la jurisprudencia toma seriamente la dimensión temporal de la acción humana. La racionalidad de la legislación como la principal preocupación de la jurisprudencia, obliga al legislador a tomar en consideración circunstancias concretas. Estas circunstancias están repletas de temporalidad.

Como consecuencia de esto, lo que estaba una vez en el momento correcto puede, después de un lapso de tiempo, quedar fuera de lugar». ³⁵⁷

Sin duda, este modelo de «legisprudencia», que «toma seriamente la dimensión temporal de la acción humana», es más realista y pragmático que el modelo hobbesiano, en que la ley administra la relación entre libertades de una vez y para siempre, reemplazándolo por un modelo en que las limitaciones externas a la libertad deben ser justificadas caso a caso. Este modelo, fundamenta en buena medida los modelos neoconstitucionales, que intentan superar el modelo del legalismo fuerte proveniente del positivismo. Así, a través de una estructura de principios se pone en tela de juicio los fundamentos de la legislación concreta que se pretenda aplicar, con objeto de actualizar la legitimidad con que el soberano ha administrado el concurso de libertades entre los súbditos. Esta tarea le corresponde a quienes están en posición de interpretar las limitaciones externas impuestas por el soberano, es decir, los jueces.

Ahora, si bien esta tesis toma el modelo del positivismo fuerte para caracterizar la visión tradicional que el derecho tiene de sí mismo, hemos querido presentarla como explicación de la actitud general del soberano en relación a la solución de los conflictos entre las personas. Pasaremos a explicar esto, por soberano, entendemos toda la estructura distinta al ciudadano, que tiene poder para decidir por sobre el ciudadano, la forma en que solucionan

³⁵⁷ Luc J. Wintgens, «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación» 276-277.

los conflictos entre libertades o entre derechos. La forma de la decisión proviene de un entramado normativo con características de universalidad, abstracción e independientes de la moral, para conservar el carácter técnico de sus decisiones, y conservar un lenguaje distinto al lenguaje común, de manera tal de ganar legitimidad simbólica para decidir sobre cuestiones universales. Ahora bien, cuando decimos, independientes de la moral, habría que, teniendo a la vista el modelo de la jurisprudencia, matizar dicha característica de la legislación (legisprudencia) diciendo que dichas decisiones serían «relativamente independientes de la moral».

El modelo de la jurisprudencia es un modelo que efectúa importantes matices respecto del modelo del positivismo fuerte, pero aún no se desprende del modelo en virtud del cual, es importante que el conflicto entre particulares sea decidido por otros, de manera más o menos imparcial. Por lo tanto, para este modelo sigue siendo importante que las decisiones a las que se arriben sean permanentes, de tal manera de poder brindar un horizonte de referencia a aquel que toma la decisión, que es objetivo y superior al que las partes pueden arribar en concreto, pues de acuerdo al modelo del *derecho*, los súbditos no están habilitados epistemológicamente para llegar a las soluciones correctas. Las soluciones correctas deben ser mediadas por la sociedad a través del Estado, sin perjuicio de que el Estado, a través de su poder judicial, tome en consideración elementos morales para matizar la rigidez de la legislación, el cual es el punto del modelo de «legisprudencia».

Cuando decimos que el modelo de jurisprudencia aún busca soluciones permanentes, nos referimos a que la solución a que se arriba en el caso concreto, derrotando una norma jurídica a través de un concepto moral, aún busca valer para los casos futuros, a través del modelo del precedente. En este punto, el juez crea una regla, la cual vale por su abstracción y su universalidad para la generalidad de casos que se encuentren bajo el alero de su hipótesis normativa, hipótesis abstracta y universal ya no de la ley, sino del *stare decisis*.

Por lo tanto, la ley del «legislador» es típicamente permanente, porque una vez publicada la ley, esta vale para todos los casos que se presenten, hasta que sea derogada o modificada. La jurisprudencia matiza de manera importante esta permanencia, y habilita a la modificación de esta decisión permanente de la legislación, por las circunstancias de este caso concreto, a través de preceptos morales que tendrían prioridad sobre la legislación. Sin

embargo, el carácter concreto de la decisión legisprudencial no es absoluta, sino que se racionaliza y esquematiza a través del modelo del precedente, que crea a su vez su propia forma de permanencia. En virtud de esto, es discutible que el modelo de legisprudencia tome «seriamente la dimensión temporal de la acción humana». Es más seria al respecto que el modelo del legalismo fuerte, pero no toma radicalmente en serio la dimensión temporal de la acción humana sino hasta cuando surja la necesidad de que las circunstancias concretas del caso dicten el deber ser, y no se haga una abstracción del deber ser, y se ajusten artificialmente las circunstancias concretas a ese deber ser abstracto. Para ello es importante que quien este circunscrito a lo concreto de las circunstancias, sea quien determine cuál es el deber ser que se derive espontáneamente de las circunstancias concretas, sin convertirlo en un modelo que lo prive de ver lo particular de los cambios que se producen momento a momento, en lo concreto de dichas circunstancias, y que supongan el emerger de un deber distinto, también momento a momento. Ningún modelo de regulación puede hacer esto realmente, pero en lo que respecta a esta tesis, un modelo de autorregulación está más cerca de comprender esto, que un modelo de legalismo fuerte o de legalismo débil (legisprudencia), todo ello, según analizaremos en los próximos capítulos.

En este punto, es importante destacar una reflexión de Franz Neumann, que nos aclara en que nivel de la discusión estamos operando; «[l]a proposición de que los cambios sociales sólo pueden lograrse mediante leyes promulgadas por el parlamento y de que los organismos administrativos y los jueces únicamente pueden aplicar leyes, pero no crearlas, es una ilusión que sirve también para negar la capacidad de crear leyes a fuerzas extraparlamentarias».³⁵⁸ Por lo tanto, esta tesis no lucha contra la tesis del positivismo fuerte, tratando de oponer a esta una visión más débil, como la de la legisprudencia, sino que lucha contra la otra tesis implícita del positivismo fuerte, que identifica bien Neumann, que implica desconocer la existencia de fuerzas extraparlamentarias, que establecen sus propias regulaciones.

Resumiendo, las instituciones del Estado se erige con objeto de terminar el conflicto de todos contra todos, para ello se arroga a sí mismo con el monopolio de la solución de los

³⁵⁸ Franz Neumann, *El Estado democrático y el Estado Autoritario*, Buenos Aires:Paidós, 1968 45.

conflictos al interior de la sociedad civil.³⁵⁹ Ahora bien, la forma en que dichos conflictos deben ser solucionados, supone una decisión moral que el Estado es libre de tomar respecto de cada asunto concreto, porque se ve a sí mismo como una agencia política colectiva, dotada de voluntad.³⁶⁰ En función de ello, erige una procedimentalidad discursiva y deliberativa, en la que entran en juego las diversas concepciones políticas en competencia. Finalmente, se decide por una de ellas, pero traduciéndolas en un lenguaje técnico y científico, que sea lo menos derrotable posible por la judicatura, y en que sea lo menos dudoso posible los términos de la voluntad del estado legislativo. Por ello, se ha creado una teoría que defiende la abstracción y universalidad del lenguaje del derecho, y su carácter científico y técnico para no dejar entrar en él, subrepticamente, opciones morales, políticas o éticas que no eran originalmente parte de la voluntad soberana.

Ahora bien, como hoy no se piensa que el estado tenga una existencia substancial, sino más bien depende del discurso procedimental y deliberativo, entonces la permanencia constante de ese discurso es condición necesaria para que el estado democrático siga existiendo, así como la permanencia y constancia del producto de dicho discurso deliberativo: el derecho. En este caso, se produce un conflicto, pues la emergencia de subsistemas sociales diferentes, crecientes en número y complejidad, desafían la posibilidad de que el Estado siga detentando el monopolio de la regulación y de solución del conflicto. No obstante ello, el Estado se sigue auto justificando, dictando normas abstractas y universales destinadas a regular todos los aspectos de los subsistemas sociales y diferenciados, y de manera científica y técnica, para que la voluntad soberana no sea derrotada por otros poderes, como el judicial.

³⁵⁹ José Ignacio Núñez Leiva, «El derecho es libre y vivo. El movimiento del derecho libre como antecedente directo de las teorías del derecho elaboradas en la época del iusconstitucionalismo». *Anuario de Derecho Público UDP*. Disponible en «http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/30_Nunez.pdf»; 637-638; «Como ya se ha expresado, durante el siglo XIX la mayoría de las corrientes jurídicas (menos la histórica) afirmaban categóricamente que el Derecho era (y únicamente debía ser) un producto de la voluntad del Estado. El proceso codificador elevó tal impresión al nivel de dogma.

Desde esta perspectiva, el Estado -personificado en sus poderes tripartitamente distinguidos- habría que monopolizar la producción de normas jurídicas. La interferencia de cualquier otra fuente sería ilegítima y pernicioso».

³⁶⁰ Tesis contra la cual los jueces reaccionan; Fernández Bermúdez, «A los cien años de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, arbitrio judicial versus positivismo jurídico», 51; «El jurista nacido en la Ilustración creía en las normas positivas. El jurista actual perdió el respeto a las norma en el momento en que dejó de creer en la voluntad popular, ya nadie se cree que la ley es una norma sagrada e intocable, y se atreve a enjuiciar su contenido y hasta poner sus manos en ella. No hay ds jueces que dicten igual sentencia, lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal del operador».

En lo sucesivo, analizaremos junto a Bourdieu, cómo esta visión que tiene el estado y el derecho respecto de sí mismo, y su necesidad de monopolio y autonomía para lo jurídico, afecta al comportamiento del jurista y lo condiciona al momento de enfrentarse al conflicto social real.³⁶¹

2. La universalidad del derecho y la particularidad de la complejidad social. Efectos de esta dicotomía en un modelo de prevención de riesgos laborales;

En este punto cabe una clarificación previa, tanto respecto de éste acápite en que se analiza a Bourdieu, como de los que siguen en que se analizará a Gunther Teubner junto a la introducción previa de Luhmann. A los autores recién mencionados se les categoriza dentro de la sociología, categorización que ellos desde luego aceptan, pues se entienden sociólogos. En este punto se critica a la sociología su esterilidad para producir cambios sociales relevantes, señalando que dicha disciplina se atiene a lo que es, no a lo que debe ser, efectuando una mera observación científica, sin introducir una modificación en las dinámicas sociales, que tenga como fundamentación algún tipo de normatividad filosófica. Uno de quienes formula esta crítica es Habermas, quien a su vez propone la elaboración de una teoría crítica que busque incidir en la transformación de la sociedad. A partir de una sociología meramente observante, no se puede hacer una propuesta normativa. Así entonces, una diferencia entre Luhmann (como representativo de la actitud de la sociología en general) y Habermas implicaría que;

«Si para Luhmann se trata de elaborar una teoría que permita observar adecuadamente la complejidad de la realidad social, para Habermas se trata de elaborar una teoría que permita incidir en su transformación. Y una teoría crítica permite incidir en la transformación de la sociedad porque se hace cargo, conceptualmente, de unos dinamismos ya presentes en la

³⁶¹ Jorge Carvajal, «La Sociología Jurídica y el Derecho», *Prolegómenos, Derechos y Valores* 27 (2011) 117. Disponible en <<http://bit.ly/33LxVCL>>; «La sociología jurídica tiene como otra de sus características, la crítica al positivismo jurídico. La positivización del derecho entiende que la norma jurídica que emana como exclusivamente del Estado y que ese es su objeto, desde esta postura deja a un lado, los efectos del derecho en las relaciones sociales y por otro, el positivismo no reconoce el surgimiento de espacios sociales no regulados por el ordenamiento jurídico, el llamado pluralismo jurídico. Esta mirada fue la que se validó por la academia».

misma realidad social. Estos dinamismos tienen su asidero en una razón comunicativa que impele a los hombres a ser cada día más humanos».³⁶²

A partir de esta diferencia Habermas/Luhmann, se ha pretendido señalar que la sociología sólo analiza lo que es, en cambio, la teoría crítica (o filosófica) efectúa propuestas normativas en orden a lograr finalmente una sociedad racional. Por lo tanto, a partir de un análisis sociológico, no se puede efectuar una propuesta normativa. Sin embargo, como se verá, las cosas no son tan simples. En primer lugar, la razón de por qué la sociología no efectúa propuestas normativas, dice relación con un relevante presupuesto metodológico de esta ciencia, relativa a la igualdad e inconmensurabilidad de todas las propuestas normativas, y la incapacidad de la razón, para dar con una propuesta universal de sentido, en un contexto de irrestricta diferencia. Por lo tanto, nadie está en una posición epistemológica tal para dar con esa «razón emancipadora», a menos que esté en una posición de poder respecto de otro, en cuyo caso, dicha «razón emancipadora» pasa a ser una contradicción en los términos. Por eso, para los estudiosos de Luhmann; «d]entro de este sistema conceptual que es la sociología, no hay cabida para las nociones sociológicas y filosóficas clásicas: sujeto, progreso, emancipación, razón, etc., se van por la borda».³⁶³ Por lo tanto, la razón y la verdad son un poder ejercido por un sistema sobre otro sistema, lo que va en abierta contradicción con el cierre operativo de cada uno de los sistemas. Por eso, a partir de esta «observación de lo que es», que no es una «propuesta normativa», decanta naturalmente la necesidad de que el sistema que ejerce el poder, vaya entendiendo poco a poco, que no está en una posición epistemológica superior a los subsistemas sociales diferenciados, para dar con una «razón emancipadora», y que las razones que aduzca, son posiciones de poder impuestas a los subsistemas sociales diferenciados. Ahora, esto puede ser considerado una «propuesta normativa», pero en realidad, aparece más bien como el paso natural y espontáneo que se puede dar frente al profundo entendimiento de que la sociedad contemporánea está basada en la diferencia más que en la unidad.

Por lo tanto, en este punto efectuaremos un ejercicio de deconstrucción sociológica de la visión tradicional del derecho, en particular, cómo desde su concepción científica, se va

³⁶² Luis Armando González, «Teoría Crítica vs Teoría de Sistemas; la confrontación Habermas-Luhmann», *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* 41 (1994): 804.

³⁶³ Luis Armando González, «Teoría Crítica vs Teoría de Sistemas; la confrontación Habermas-Luhmann»,: 794.

delineando la necesidad de su autonomía y de su monopolio para manufacturar su producto: cuál es la justicia de cada caso. Tomamos, en este sentido, las reflexiones de Nussbaum, en relación al carácter científico del derecho; «Esto es, creo, una de las más grandes desventajas de utilizar la ciencia como normativa en el razonamiento legal. Pues la ciencia, al menos como la práctica los científicos, es raramente socrática, y de algún modo, no puede serlo. No puede someter a escrutinio sus propias concepciones y fundamento que lleva adelante sus investigaciones. Thomas Kuhn ha demostrado que hay una distinción bien precisa entre la “ciencia común y corriente” y el cuestionamiento de paradigmas que aparecen en tiempos de revolución científica. Concebir el derecho como una “ciencia común y corriente” lo ha vuelto impermeable a muchas preguntas que debería seguir haciéndose a sí mismo y aprendiendo a formular mejor».³⁶⁴ Pues bien, no es objeto de esta tesis efectuar ningún tipo de revolución científica en torno al derecho, sino más bien salirnos un poco de sus contornos dogmáticos, atender a la reflexión sociológica que se efectúa sobre la práctica jurídica, y ver si es posible encontrar una puerta para una variante diferente para el derecho, que dependa menos de la científicidad, unicidad, coherencia y del monopolio de dictar lo justo y que abra mayores posibilidades para la autorregulación de los subsistemas sociales diferenciados.

Dicho esto, pasaremos directamente al planteamiento de Bourdieu, respecto del cuadro general de justificación filosófica de derecho. En efecto, Bourdieu plantea;

«La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se ve afirmada con la elaboración en una teoría de lo que es un modo de pensar específico; teoría que se pretende libre de todo el peso de lo social. El intento de Kelsen de fundar una “teoría pura del derecho” no es sino la ultra consecuencia límite del esfuerzo de todo el conjunto de juristas por construir un cuerpo de doctrinas y reglas totalmente independientes de las imposiciones y de las presiones sociales, que encuentre en sí mismo su propio fundamento»³⁶⁵

Ahora bien, sin ánimo de discutir la plausibilidad de las justificaciones filosóficas para la autonomía y el monopolio del derecho para decir lo justo, nos centraremos más bien en las

³⁶⁴ Martha C. Nussbaum, «El uso y el abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho». En *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 7, n° 14 (2009): 50.

³⁶⁵ Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La Fuerza del Derecho*. (Siglo del Hombre Editores, 2000), 156.

consecuencias que esto tiene en la práctica, en lo que respecta a la propuesta del modelo de prevención de riesgos laborales. Los teóricos del derecho han encontrado para sí la perfecta justificación para adjudicarse la competencia para decir lo justo, a partir de normas abstractas y universales³⁶⁶ que sólo ellos están en posición de interpretar y aplicar a los casos concretos, de acuerdo a un método de interpretación específicamente jurídica, es decir, científica.³⁶⁷ Como eso no es realmente posible, primero por la vaguedad de dichos conceptos, como por el hecho de que los cambios sociales que se producen de instante en instante dejan obsoletas dichas formulaciones lingüísticas, los propios teóricos del derecho se centran en discusiones muy sofisticadas acerca de lo que tal o cual norma quiso realmente decir, con objeto de salvar su vaguedad, o salvarla de su obsolescencia.

Esta tendencia a declarar la verdad de una norma es la del ser humano, a querer declarar la verdad acerca de la realidad, para lo cual existen diversidad de concepciones y teorías disponibles de tipo filosófico, religioso, psicológico, económico, político. El ámbito jurídico es una variedad más de la tendencia del ser humano a declarar la verdad acerca de la realidad,³⁶⁸ a pesar de lo permanentemente evasiva que la verdad es respecto de nuestras formulaciones teóricas. Así entonces, esta tendencia de tipo psicológica, explica en parte porque es tan importante para los juristas mantener su competencia exclusiva para declarar la verdad al menos en un campo específico, el del derecho,³⁶⁹ y participa en una

³⁶⁶ Pierre Bourdieu, «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», 5; Disponible en «<http://bit.ly/2TLOUBZ>»; «Los juristas son los guardianes hipócritas de la hipocresía colectiva, es decir, del respeto por lo universal. El respeto verbal concedido universalmente a lo universal es una fuerza social extraordinaria y, como todo el mundo sabe, los que consiguen tener de su parte a lo universal se dotan de una fuerza nada despreciable».

³⁶⁷ Tendencia que es, en todo caso universal, y aplicable a todos los campos sociales, no sólo el jurídico. También en el campo académico sociológico se ve la tendencia de construir teorías onmiabarcadoras, en torno a las cuales se generan elites intelectuales basadas en la creencia de la superioridad epistemológica de dicha gran teoría, por lo tanto, las observaciones de Bourdieu podrían ser aplicables también respecto de Bourdieu, ver en este sentido; Nicolás Trajtenberg, «¿Qué hay de malo con la sociología de Pierre Bourdieu?», 378. Disponible en «<http://bit.ly/2KEJBiZ>»; «El problema es el carácter *self defeating* de este planteo. Si se acepta como verdadero el carácter relativista referido a la arbitrariedad cultural, Bourdieu no ofrece razones para no asumir que su teoría no ofrece el mismo problema: ocupar un lugar en la sociedad dentro del campo intelectual, tener un *illusio* específico, y por ende tener un punto de vista epistémico parcial, mistificado distorsionado, y sobre todo cómplice y reproductor de las relaciones de poder existentes».

³⁶⁸ Ver Michel Foucault, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, 25. Disponible en «<http://bit.ly/2KM7gOM>»; «Occidente será dominado por el gran mito de que la verdad nunca pertenece al poder político, de que el poder político es ciego (...) ¡Hay que acabar con ese gran mito! Un mito que Nietzsche comenzó a demoler al mostrar en los textos que hemos citado que detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder. El poder político no está ausente del saber, por el contrario, está tramado con este».

³⁶⁹ Ver José Ignacio Núñez Leiva, «Elementos básicos de la teoría de los campos sociales de Pierre Bourdieu. Apuntes para estudiantes y docentes de derecho». *Ars Boni et Aequi 1* (2010): 211; «la actividad propia de la

competencia para determinar cuál es la mejor verdad, en cuanto a interpretación de normas jurídicas se refiere. Nuevamente, de acuerdo a Bourdieu;

«En el campo jurídico se desarrolla una lucha por el monopolio del derecho por decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden. Lucha en la que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, consistente en lo esencial en la capacidad socialmente reconocida de *interpretar* (de manera más o menos libre o autorizada) un cuerpo de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social. Es sólo a condición de reconocer esto que se puede ser consciente de la autonomía relativa del derecho y del efecto propiamente simbólico del desconocimiento que resulta de la ilusión de autonomía absoluta frente a las presiones externas».³⁷⁰

En la lucha por decir el derecho no entra el lego, pues se trata de conversaciones que se producen al interior de una elite intelectual, la cual, al manejar los términos de la conversación, adquieren conciencia de su carácter de élite,³⁷¹ y se representan la necesidad de escalar en la competencia por dar las respuestas más sofisticadas a esos problemas, y al mismo tiempo, hacer más difícil la entrada en la conversación de juristas noveles u otros técnicos de diversa especie.³⁷² De esa manera, el derecho *es* lo que ellos dicen que *es*, el

vida en sociedad se define por las relaciones entre entes que se distinguen entre sí por la posesión de diferentes bienes y valores que los sitúan en distintas posiciones, las que, a su vez, permiten y definen las relaciones entre ellos».

³⁷⁰ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 160.

³⁷¹ Lo que para Bourdieu se trataría de un fenómeno lingüístico; ver Luis Enrique Alonso, «Pierre Bourdieu, el lenguaje y la comunicación: del análisis de los mercados lingüísticos a la degradación mediática», s.p. Disponible en «<http://bit.ly/2Nen2n5>»; «Los intercambios de interacción que dibuja Bourdieu no son mercados de intercambio entre valores iguales y soberanos, son situaciones sociales desiguales que llevan emparejados procesos de dominación y censura estructural de discursos sobre otros. Los diferentes productos lingüísticos reciben, pues, un valor social, un precio-, según se adecuen o no a las leyes que rigen en ese particular mercado formado por un conjunto de normas de interacción que reflejan el poder social de los actores que se encuentren en él».

³⁷² Según Bourdieu, la competencia es uno de los principales elementos del campo, en este caso, el campo jurídico. Ver un concepto de «campo» basado en un análisis de Bourdieu a Pedro Castón Boyer, «La sociología de Pierre Bourdieu», *Reis, Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 76, (1996) 82. Disponible en «<http://bit.ly/2MzXfX9>»; «un campo es un sistema específico de relaciones objetiva, que puede ser alianza o de conflicto, de competencia o de cooperación, según las distintas posiciones ocupadas por los agentes sociales en el sistema de relaciones específicas. Y estas posiciones son independientes de los sujetos que las ocupan en cada momento. Por tanto, toda interacción se desarrolla dentro de un campo específico y está determinado por la posición que ocupan los distintos agentes sociales en el sistema de relaciones específicas». También en este sentido Miguel Ángel Casillas, «La Sociología de Pierre Bourdieu», en *Teoría Sociológica Contemporánea: un debate inconcluso* (comp: Adriana García Andrade). México: Universidad

destinatario de la norma no tiene ninguna participación, él es lo otro del cual el derecho debe mantener su autonomía e independencia. Esto es aún más dramático en el caso del derecho del trabajo, pues ante la presencia cada vez mayor de técnicos con conocimiento de derecho del trabajo (sobre todo en el ámbito de la administración pública), nace para el abogado laboralista la necesidad de hacer cada vez más sofisticada la conversación, para diferenciarse de los técnicos.³⁷³

El problema de traducir el conflicto en lenguaje jurídico, supone que nos alejamos de la facticidad del conflicto y lo ponemos en términos conceptuales. Esto es, en vez de lidiar con la estricta materialidad en que se ha producido el conflicto, nos preocupamos si los hechos coinciden o no con hipótesis normativas. Supongamos el caso del empleador que ha producido un ambiente conflictivo en el trabajo, que produce condiciones poco favorables para uno o más trabajadores, tanto en el ámbito psicológico como estrictamente laboral. Sin traducir dicha experiencia a un lenguaje jurídico, las partes involucradas se encuentran de bruces en una conversación en que todos los aspectos deben ser considerados, sin que en principio puedan relevarse algunos aspectos del conflicto por sobre otros, en que las intenciones conscientes e inconscientes puedan ser reveladas, con objeto de llegar a un entendimiento total del conflicto. En el ámbito jurídico en cambio, lo que se discute es si los hechos coinciden o no con la definición de acoso laboral señalado en tal o cual artículo del Código del Trabajo, y en ese punto, si la acciones han sido reiteradas o no, si la afeción psicológica se encuentra probada o no, si la intención de producir menoscabo debe ser explícita o se presume de los hechos que se exponen, etc. Nada de eso, como puede

Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, 2003: 75-76; «el campo es un espacio de conflictos y de competencia al interior del cual se desarrolla una batalla por establecer un monopolio sobre la especie específica de capital que es suficiente para construir una autoridad y un poder».

³⁷³ Borrillo, Daniel, «Pierre Bourdieu y la sociología del campo jurídico». *Revista de Sociología del Derecho, Sociedad Argentina de Sociología del Derecho*, 1995, s.p.. Disponible en «hal-01242439»; «El contenido práctico de la ley que se manifiesta en el veredicto es el producto de una lucha simbólica de profesionales dotados de competencias desiguales. La constitución de una competencia propiamente jurídica (indisociablemente social y técnica), conlleva la descalificación del sentido de equidad de los no especialistas». El propio Bourdieu da cuenta de este fenómeno en el campo del derecho del trabajo, lo cual no es, por lo visto, exclusivo de la cultura jurídica chilena; «Dentro de la misma lógica, se puede mostrar como la vulgarización militante del derecho del trabajo, que asegura a un número importante de no profesionales, un buen conocimiento de las reglas y de los procedimientos jurídicos, no tiene por objeto asegurar una reapropiación del derecho por sus utilizadores en detrimento del monopolio de los profesionales que, empujados por la lógica de la competencia al interior del campo, deben redoblar la especificidad para conservar el monopolio de la interpretación legítima y escapar a la desvalorización asociada a una disciplina que ocupa una posición inferior dentro de un campo jurídico» Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 195.

verse, está encaminado a un entendimiento del conflicto, sino más bien consiste en un juego de palabras jurídicas. Quizás el profano sí comprende los términos jurídicos del conflicto, y por lo tanto, éste no es hermético respecto de él, pero eso no quita el hecho de que se trata de un juego de palabras, de aquel en virtud del cual los términos fácticos del conflicto pasan a segundo plano para dar lugar al enfrentamiento de argumentos y contra argumentos acerca de la verificación de hipótesis conceptuales en los hechos que se presentan.

De esta manera, aun cuando el profano pueda, de alguna manera, manejar los términos del conflicto, éste se encuentra expropiado de su formulación espontánea y natural, reemplazada por la universalidad y abstracción de un concepto jurídico.

En definitiva para Bourdieu y con sus propias palabras;

«Lejos de ser un simple disfraz ideológico, esta retórica de la autonomía, de la neutralidad y de la universalidad, que puede ser la base de una autonomía real de pensamientos y de prácticas, es la expresión misma del funcionamiento de todo el campo jurídico» [...]. En efecto, lo que se llama “espíritu jurídico” o “sentido jurídico” que constituye el verdadero derecho de entrada en el campo -junto con un dominio mínimo, obviamente- de los recursos jurídicos acumulados por generaciones sucesivas, del cuerpo de textos canónicos y del modo de pensar, de expresión y de acción en los cuales el canon se reproduce –consiste precisamente en esta actitud universalizante».³⁷⁴

Ahora bien, el punto de esta tesis es cómo trasladar la lógica de la lucha por el acceso a los universales, por una conversación sostenida en lo concreto de la cotidianeidad. Para ello se requiere, luego de efectuar una caracterización general del modelo de derecho, realizado en los acápites anteriores, efectuar esta relectura del derecho desde otras disciplinas –como la sociología- para comprender la necesidad de trasladar la deliberación política pública hacia una conversación libre producida en el seno de los subsistemas sociales diferenciados, como la empresa.

La interpretación del jurista y el tratamiento elitista de las conversaciones teóricas que se producen al interior de comunidad científico-jurídica, debe tender hacia la universalidad, no sólo por el carácter abstracto e universal de las normas que interpreta, sino porque su

³⁷⁴ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 166-167.

interpretación, para ser cada vez más plausible en cuanto verdad, debe ser lo menos contingente posible, y por lo tanto, debe poseer una pretensión de universalidad. Sin embargo, en las condiciones actuales de la sociedad postmoderna, la pretensión de universalidad de cualquier formulación, sea jurídica o ética e inclusive cualquier afirmación de las ciencias duras, está sujeta a una provisionalidad contingente cada vez más marcada. Los teóricos del derecho entienden esto al menos desde el punto de vista intelectual, pues al suponer que el derecho es un producto político, la contingencia de lo político se transfiere a lo jurídico, aun cuando el objeto de lo jurídico sea reducir la contingencia de lo político.³⁷⁵ Pero al reducir la contingencia de lo político, lo jurídico adquiere una pretensión de permanencia, pretensión que es siempre avasallada por la realidad, porque la realidad es contingencia permanente.

La realidad es contingencia permanente, porque la cultura no es unívoca o de un solo movimiento, como podía serlo por ejemplo en la edad media, sino que comprende ahora múltiples y diversas formas de interpretación, distribuidas en comunidades de significado altamente diferenciadas y divergentes. Los cambios de dichas comunidades se producen autopoieticamente, sus significados son autorreferenciales e inconmensurables respecto de cualquier otra estructura de significado externa a ella, como por ejemplo, el derecho.³⁷⁶

Entonces ¿qué debe hacer el derecho? Si insiste en mantener el monopolio de la regulación, dicha regulación estará virtualmente desfasada en escaso tiempo, pues es imposible que el derecho siga el ritmo frenético de los cambios que se producen en la sociedad. Esta es la encrucijada del derecho de la que hablábamos varias páginas atrás acerca de la interpretación de los organismos administrativos respecto de conceptos jurídicos indeterminados, el derecho en sí padece de la contingencia de una sociedad altamente diferenciada, y mientras más específico se vuelve más inflexible es ante los cambios sociales, lo que lo vuelve obsoleto. Luego, si usa conceptos jurídicos indeterminados, entonces podrá tener más flexibilidad con los cambios que se producen espontáneamente en

³⁷⁵ Atria, «El Derecho y la Contingencia de lo Político», 48-49.

³⁷⁶ Morales de Setién Ravina, «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner», 90. «Luhmann argumenta que la crisis actual del derecho es producto de la transición de una sociedad estratificada a una sociedad funcionalmente diferenciada. Dicha transición exige una transición paralela en el orden legal. Desde este punto de vista, la crisis actual del derecho es el resultado de la inadecuación de los sistemas de derecho positivo que hemos recibido, teniendo en cuenta las complejidades de una sociedad altamente diferenciada. Para Luhmann lo que se necesita no es la mayor intencionalidad y participación sugeridas por Nonet y Selznick, sino una mayor abstracción, pensamiento funcionalista y autorreflexión del sistema legal».

la sociedad. Pero esta flexibilidad no es sino una justificación que los jueces poseen para introducir elementos valorativos en sus decisiones. Ahora bien, ¿por qué esto es un problema?, no se trata en este caso de defender una ciencia del derecho positivista ajena a toda consideración moral o política, sino que se basa en otra consideración aún más importante, ¿por qué el juez estaría en posición de decidir lo justo, respecto del conflicto producido en una comunidad de significado diferenciada, a la cual ese juez no pertenece? ¿Con qué conocimientos debería trazar la línea demarcatoria de lo justo y lo injusto, si la sociedad funcionalmente diferenciada produce lo justo y lo injusto de acuerdo a criterios propios y marcadamente contingentes? Estas preguntas son importantes en relación a la tesis que se plantea, pues en materia de riesgos laborales, estos son contingentes al subsistema social diferenciado que es la empresa, y el carácter dinámico de la evolución de dichos riesgos, hace improbable una respuesta oportuna por parte de las regulaciones estatales. Por lo tanto, en ese contexto, pareciera ser más adecuado producir una respuesta desde el propio subsistema social diferenciado. Una aproximación a esta pregunta la encontramos en el teórico Gunther Teubner y su modelo de «reflexividad normativa», que veremos a continuación.

3. El modelo de «reflexividad normativa» de Gunther Teubner, y su operatividad para un modelo de prevención de riesgos laborales;

En palabras de Gunther Teubner, los ordenamientos jurídicos se caracterizan por «[l]a separación del derecho de la política, la profesionalización del derecho, la orientación estrictamente normativa, la universalidad y precisión, el razonamiento artificial y la justicia procedimental»,³⁷⁷ los cuales constituyen los elementos que hemos analizado en las páginas anteriores: la pureza de la norma jurídica en relación a contenidos políticos, morales, éticos, religiosos y económicos, que produce su autonomía respecto de otros subsistemas sociales,³⁷⁸ al mismo tiempo que genera un cuerpo profesional de intérpretes, al otorgarse

³⁷⁷ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 121.

³⁷⁸ Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000: 165; «La “ciencia jurídica”, tal como la conciben los juristas, y sobre todos los historiadores del derecho, que identifican la historia del derecho con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y de sus métodos, entiende el derecho como un sistema cerrado y autónomo, cuyo desarrollo solo puede ser entendido según su “dinámica interna”».

cientificidad al modo de leer las normas jurídicas. Esta cientificidad de interpretación, supone una racionalidad marcadamente artificial, caracterizada por la abstracción y la universalidad del enunciado normativo. A partir de este cuadro se produce un manejo simbólico del conflicto social, el cual se neutraliza a partir de este lenguaje abstracto, y su tratamiento en clave procesal. Señala Teubner «El espacio judicial funciona como un espacio neutral, que opera como una verdadera neutralización de lo que está en juego a través de la abstracción de la realidad y el distanciamiento que se producen al transformarse el enfrentamiento directo en un diálogo entre mediadores».³⁷⁹ De esta manera se profesionaliza el debate, lo que no es baladí atendida la propuesta de modelo de prevención de riesgos laborales que se planteará en esta tesis, pues cuando se trata de regulación normativa, se tiene el hábito de pensar en una heterorregulación normativa de carácter científico, apriorístico y universal.³⁸⁰

La actitud universalizante, esquemática y abstracta de resolución del conflicto, no sería realidad concreta si no fuera por la existencia de los abogados litigantes, quienes al hacer uso de los medios jurídicos disponibles, para lo cual hemos sido formados, expanden la racionalidad artificial del derecho al resolver el conflicto. Así, volviendo sólo una vez más sobre Bourdieu;

«Los profesionales crean la necesidad de sus propios servicios jurídicos, al constituir en problemas jurídicos los problemas expresados en lenguaje ordinario, por el hecho de que los traducen al lenguaje del derecho, y también al proponer una evaluación anticipada de las probabilidades de éxito y de las consecuencias de las diferentes estrategias».^{381 382}

³⁷⁹ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 183.

³⁸⁰ Ana María Brigido, «Bourdieu y sus aportes a una sociología del campo jurídico», *Páginas; Revista de la Escuela de las Ciencias de la Educación* 2 y 3 (2002): 119-120. Disponible en «<http://bit.ly/2TIMKBj>»; «los efectos de apriorización que se inscribe en la lógica del campo jurídico, nos ha proporcionado valiosas intuiciones acerca del valor del lenguaje y de los discursos jurídicos. Las condiciones necesarias para ingresar en el campo de las profesiones jurídicas son el dominio de la retórica jurídica, junto al dominio de los conocimientos especializados, los recursos jurídicos acumulados por las distintas generaciones, el modo de actuar y de pensar consagrados en el canon jurídico».

³⁸¹ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 190.

³⁸² Ver también Pierre Bourdieu, «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva», 5; «Los agentes jurídicos han contribuido a producir la necesidad de su propio producto al producir universales en los que ya no se puede actuar, sin necesitarlos a ellos».

Este diagnóstico que realizó Bourdieu hace décadas atrás, es hoy una realidad aún más apremiante, dada la congestión de abogados que se ha producido en la arena jurídica, se ha creado la tendencia a la sobre judicialización de los conflictos, y en el caso que convoca a esta tesis, se ha producido una sobre judicialización en materia de riesgos profesionales, al buscarse continuamente indemnizaciones por daño moral en los tribunales por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ocurridos, tal como lo expresamos en el capítulo primero.³⁸³ Esta tendencia ha sido estimulada por la interpretación judicial en virtud del cual el empleador debe proteger «eficazmente» a los trabajadores, de manera tal que ante la sola ocurrencia del accidente del trabajo o enfermedad profesional, es altamente probable que la sentencia sea condenatoria respecto del empleador.

Así entonces, lo anterior unido al creciente número de abogados que buscan entrar en la arena del litigio, no hay caso, por muy pequeño que parezca y cuya judicialización apenas roce el sentido común, que no tenga oportunidad de ser convertida en una causa judicial. Lo que esta situación revela es la enorme cantidad de energía y recursos que se gastan en las consecuencias de los problemas en la prevención de riesgos, en vez invertir dicha energía y recursos en la prevención misma. Ahora bien, además de la tendencia del profesional a *crear la necesidad de sus propios servicios*, se naturaliza la excesiva judicialización que se produce, considerándose como una consecuencia, quizás indeseable, pero inevitable respecto de la concepción tradicional acerca de cómo el derecho funciona. Esto es, una norma abstracta y universal se aplica a un caso concreto, dicha interpretación es llevada a cabo por quien tiene la autoridad para hacerlo, un juez, quien efectúa dicha interpretación basado en las complejas y sofisticadas discusiones acerca de la naturaleza de la responsabilidad, del grado de la culpa, de las causales de exoneración de responsabilidad, la compensación de culpas, etc., discusiones llevadas a cabo por los *profesores de derecho*, quienes son otras autoridades que ejercen su dominio pero esta vez en el ámbito académico, quienes coadyuvan con su conocimiento a la mantención simbólica de la paz social,

³⁸³ Ver el comentario de José Esteve Pardo, sobre la relación entre la autorregulación y los abogados, en; José Esteve Pardo, Prólogo a *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, de María Mercé Darnaculleta i Gardella. (Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005), 19; «[n]o es ya que los juristas prescindamos de la autorregulación, sino que quienes promueven éste y otros fenómenos acaben por prescindir –como en parte ya ocurre- de nosotros».

diciendo qué es lo justo en el caso concreto.³⁸⁴ Así entonces, el prestigio de los *profesores de derecho*, el status del juez con su poder de decisión, y la necesidad del abogado en busca de potenciales clientes, condiciona radicalmente el cuadro, pues se tiende a pensar que eso, y no otra cosa, *es* el derecho. En este cuadro condicionado por la situación actual, no hay espacio para una forma diferente de hacer derecho, aquel en que los propios involucrados ejerzan la administración del conflicto o en la instauración de un sistema necesario por la razón que fuere (como un sistema de prevención de riesgos laborales), bajo un sistema de autorregulación reglada, contexto en el cual, las sofisticadas discusiones de los profesores de derecho pasen a segundo plano, y la habilidad del abogado litigante de convertir lo que fuere en una causa jurídica sea modulada ante la existencia de una administración previa y más eficiente del conflicto, y la necesidad de un tercero imparcial que dirima el conflicto se convierta en una necesidad residual.

Luego, en palabras de Teubner, el modelo tradicional de hacer derecho, la racionalidad jurídica artificial caracterizada por la universalidad y abstracción normativa, se encuentra en crisis; «La crisis del derecho autónomo se genera porque el derecho, especialmente en sus estructuras conceptuales, no se ha adaptado aún a las exigencias de una sociedad altamente diferenciada».^{385 386} Ahora bien, para comprender esto a cabalidad, y antes de entrar en la propuesta teubneriana para el derecho, hemos de analizar el telón de fondo en que se efectúa su diagnóstico. En efecto, la falta de adaptación del derecho a una sociedad altamente diferenciada,³⁸⁷ es un diagnóstico que posee como telón de fondo el análisis sistémico de Niklas Luhmann. Así, para Luhmann;

³⁸⁴ Ana María Brigido, «Bourdieu y sus aportes a una sociología del campo jurídico», 120; «el profesor, y también el juez, disponen en diferente grado del poder de explotar la polisemia o la anfibología de las fórmulas jurídicas y con ello, mediante diferentes estrategias y procedimientos, están en condiciones de extraer la máxima elasticidad de la ley e incluso de las contradicciones, lagunas o ambigüedades que ella pudiera contener».

³⁸⁵ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 129.

³⁸⁶ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 104. «Internamente, el derecho es formalmente racional en la medida en que está estructurado de acuerdo con criterios de conceptualidad analítica, rigurosidad deductiva y razonamiento orientado a lo normativo [...]. Una orientación hacia lo normativo altamente desarrollado tiene como resultado normas cuyas consecuencias legales dependen de definiciones precisas de situaciones fácticas».

³⁸⁷ Laura Hernández Arteaga, «La teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann en México. Una aproximación», *Perspectivas internacionales* 1, 2011: 107. Disponible en «<http://bit.ly/30ztHvK>»; «La diferenciación por funciones es la forma de diferenciación por antonomasia de la sociedad moderna, y corresponde a un estadio evolutivo de mayor complejidad de la sociedad. Esta forma de diferenciación organiza los procesos de comunicación alrededor de las funciones especiales que deben ser cumplidas

«[C]uando se opera en un entorno cambiante, el sistema político tiene que ofrecer coherencia en sus decisiones a lo largo del tiempo. En las sociedades tradicionales este logro correspondía al derecho. Sin embargo, cuando las sociedades modernas distinguen los sistemas político y legal, relacionándolos con diferentes funciones, y al mismo tiempo hacen posible cambiar el derecho por medio de decisiones políticas, el orden legal deja ya de ofrecer garantías suficientes para la toma de decisiones políticamente coherentes».³⁸⁸

Así entonces, la política reflexiona sobre las nuevas necesidades provistas de los cambios sociales acaecidos, y establece conclusiones o decisiones consensuadas que deben servir de parámetro estabilizador de las expectativas sociales. Dichos parámetros de estabilización se refrendan en leyes, que es el mecanismo tradicional de estabilización de expectativas. Esta función se podía cumplir mejor en el seno de la sociedad tradicional, esto es, estratificada, en que la producción de sentido era de tipo unilateral, esto es, los estratos más altos marcaban la pauta de lo correcto. Pero hoy, al complejizarse la sociedad con la aparición de un mayor pluralismo, que redundaba en la aparición de nuevos subsistemas al interior de la sociedad global,³⁸⁹ la política de la sociedad global se ve sobrepasada en su tarea de producir consenso, y los consensos producidos en el subsistema político, al momento de ser traducidos al subsistema jurídico en forma de leyes coercitivas, se revelan como ineficaces, ante la indiferencia de los subsistemas sociales diferenciados de los consensos generados a nivel de la sociedad global. Cuando hablamos de consenso a nivel de la sociedad global, nos referimos al consenso simbólico generado en el contexto del subsistema político creado por la sociedad global, sin que dicho consenso alcance a ser tal para la sociedad global en su conjunto, pues como dijimos, los subsistemas sociales diferenciados actúan con indiferencia frente a dicha expectativa de consenso, debiendo ajustarse quizás, solo por

socialmente, y desde el momento en que su cumplimiento es necesario para el sistema la sociedad no puede conceder primacía absoluta a ninguna de ellas».

³⁸⁸ Niklas Luhmann, *Complejidad y Modernidad* (Editorial Trotta, 1998), 57. Disponible en «<http://bit.ly/2YKdmmf>»

³⁸⁹ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 310; «La pluralidad de subsistemas sociales, cuando estos pueden ser identificados con una organización o una institución, será también reflejo de esta pluralidad de ordenamientos, pudiendo afirmarse con ello que el Derecho no se identifica necesariamente con el Derecho del Estado».

intermedio de la fuerza del derecho. En palabras de los estudiosos de Luhmann, podemos considerar que;

«Si la sociedad moderna puede ser descrita como un sistema social funcionalmente diferenciado, entonces nos encontramos ante una sociedad caracterizada tanto por la desigualdad como por la simetría entre las relaciones entre sus sistemas parciales. Como consecuencia de ello, estos sistemas rechazan asumir como premisas de sus recíprocas relaciones todas aquellas que vinieran formuladas a nivel de la sociedad global».³⁹⁰

En consecuencia, las premisas de sus recíprocas relaciones son autogeneradas e indiferentes tanto respecto de la sociedad global como por los otros sistemas autónomos diferenciados, los cuales están inmersos en la sociedad global sin ser la sociedad global. Entre ellos son perfectamente iguales, pues no hay estratificación entre un sistema funcionalmente diferenciado y otro, por mucho que la sociedad global pretenda constituirse en razón omniabarcadora, pretensión que es indiferente respecto de los subsistemas diferenciados. En consecuencia, los subsistemas funcionalmente diferenciados son entre sí igualmente desiguales, o si se quiere, desigualmente iguales. Son iguales pues todos tienen el mismo nivel de autonomía para la generación autopoietica de sentido,³⁹¹ autonomía que los lleva a una construcción de sentido que es diversa en cada caso, esto es, desigual.

Por lo tanto, si la sociedad global en su producción de sentido pretendidamente omniabarcadora, fracasa ante la indiferencia de los subsistemas sociales diferenciados, entonces la positivización legal de la razón de la sociedad global queda en entredicho. Así, nuevamente para los estudiosos de la obra de Luhmann; «La conciencia jurídica reconoce cada vez una disminución de las representaciones generales acerca de lo correcto: para Luhmann (2005) el pluralismo de intereses y conflictos -característico de un orden social diferenciado- conlleva el desvanecimiento de sistemas sociales generalizados de

³⁹⁰ Jostxo Beriain y José María García Blanco, Introducción a *Complejidad y Modernidad*, de Niklas Luhmann (Editorial Trotta, 1998), 9. Disponible en «<http://bit.ly/2YKdmmf>».

³⁹¹ Gunther Teubner, «Introduction to Autopoietic Law», en Teubner, Gunther (ed.), *Autopoietic Law: A new approach to law and society*. Berlín: Walter de Gruyter, 1998: 2; «El mundo de la autopoiesis jurídica es un mundo (...) es un proyecto en construcción de una teoría interdisciplinaria. Nuestro esfuerzo es transferir una teoría nueva y compleja, la teoría de los sistemas autopoieticos, desde el contexto general de la teoría de los sistemas al contexto de la teoría jurídica».

comportamientos vinculantes; este autor recalca (1998a) que, si bien la normatividad es uno de los ámbitos en que se manifiesta el proceso evolutivo de la diferenciación funcional, ésta es correlativa –y tiene como condición de posibilidad- un aumento de la divergencia de las posiciones valóricas».³⁹²

En consecuencia, el derecho de la sociedad global ya no está en condiciones de administrar las expectativas de comportamiento en forma generalizada, porque cada subsistema genera sus propias expectativas de comportamiento, conforme a un plan valórico autónomo y diferenciado. Dicho plan valórico diferenciado no deja entrar el derecho de la sociedad global, porque genera el cierre operativo del subsistema de que se trate. En palabras de Chávez y Mujica:

«El sistema legal queda, entonces, en una posición estéril, ya que pasa por alto un impedimento estructural y característico de la sociedad moderna: las esferas no jurídicas a regular reaccionan con indiferencia, pues el sistema legal no cuenta con los instrumentos para hacer frente a los mecanismos de autogestión de los demás sistemas operativamente clausurados».³⁹³ De esta manera, la complejidad social no da oportunidad a un modelo de estado legislativo, que es incapaz de regular todos los aspectos de la vida social, que requieren de acuerdos y de organización entre los agentes.³⁹⁴ En vez de ello, parece usar la lógica del estado administrativo, que al estar más cerca de la realidad, tiene más posibilidades de regular dichos aspectos que requieren regulación,³⁹⁵ dando lugar sin

³⁹² Juan Miguel Chávez y Francisco Mujica, «Orden social y orden jurídico: la observación de Niklas Luhmann sobre el derecho», en *Sociológica* 81 (2014): 16. Disponible <http://bit.ly/2T9m4JE>.

³⁹³ Chávez y Mujica, «Orden social y orden jurídico: la observación de Niklas Luhmann sobre el derecho», 30.

³⁹⁴ Este es el caso típicamente del derecho privado, aunque no es la propuesta de Teubner privatizar todo el fenómeno jurídico, sino establecer condiciones y procedimientos que tiendan a equilibrio entre las diversas propuestas de regulación al interior de los diversos subsistemas. Sin perjuicio de ello, en alguna medida Teubner sirve de justificación para el fenómeno del derecho privado; ver José Carlos Fernández Rozas, «Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales», en *Derecho de la regulación económica, vol. VIII, Comercio Exterior*, (J.V. González García, Director). Madrid: Iustel, 2009: 112 «la práctica mercantil es más creativa que la dogmática y la teoría del derecho dado lugar a contratos globales que incluyen sus propios fundamentos y permiten al Derecho global de la periferia construir su propio centro sin ayuda del Estado. Como pusiera de relieve G. Teubner, esto se logra a través i) la externalización (...); ii) la jerarquización (...); iii) la temporalización (...))».

³⁹⁵ Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana. «Las Bases Constitucionales de la Potestad Sancionadora de la Administración», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXIX (2012) 341-342; «Una vez que se asientan los principios revolucionarios liberales (separación de poderes, reconocimiento de derechos inherentes a las personas, soberanía popular, supremacía constitucional, etc.) y se expande el modelo en los diversos Estados occidentales, se mantienen en

embargo a la «elefantiasis de las potestades sancionadoras de la administración».³⁹⁶ En la reflexión jurídica sobre el fenómeno de la autorregulación, se efectúa también el mismo diagnóstico; así, para Darnaculleta i Gardella; [e]l Estado se encuentra así, desbordado por la realidad que le envuelve, por falta de control sobre su entorno, por falta de conocimiento, y por falta de penetrar en unos subsistemas cada vez más opacos y encapsulados en su propia autorreferencialidad».³⁹⁷ En consecuencia, «si se aceptan estos presupuestos no es de extrañar que, ante la complejidad de la sociedad moderna y ante la incapacidad estructural de la ley para regular “subsistemas sociales funcionalmente diferenciados” y “autorreferentes”, diversos autores abandonen la clásica exigencia de una noción de responsabilidad social global del Estado y aboguen por aumentar las cotas de responsabilidad de los subsistemas sociales –a través, precisamente, de la regulación pública de la autorregulación».³⁹⁸

Este complejo problema es caracterizado por Morales de Setién Ravina de la siguiente manera;

«Esta situación, en que el fenómeno de la juridificación, con sus constantes demandas de regulación material procedentes de los distintos sistemas sociales y de los agentes sociales, a veces contradictorias, parece conducir a las sociedades contemporáneas a un problema de difícil solución. Frente a las soluciones que proponen una regulación más detallada –que básicamente sería inefectiva en la mayoría de los casos en la medida en que la complejidad de la realidad social sobrepasa la capacidad cognitiva de cualquier sistema regulador- o una desregulación de la vida social- que en el fondo acabaría imponiendo la lógica de un solo sistema, el sistema económico, al resto de los sistemas sociales, con los riesgos de desintegración de la sociedad en su conjunto, que ello supone-. Gunther Teubner

manos de la Administración poderes sancionadores heredados del antiguo régimen. Varias son las razones de este lastre histórico: se trataría de ilícitos de menor importancia; su conocimiento por parte de los tribunales puede significar un cantidad de trabajo y esfuerzo que puede superar sus fuerzas y la buena marcha de administración de justicia; o son asuntos más cercanos a la Administración en razón del interés y materia que comprenden».

³⁹⁶ Román Cordero, «Los principios de Derecho Administrativo Sancionador», 24 y ss.

³⁹⁷ María Mercé Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. (Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005), 50-51.

³⁹⁸ María Mercé Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho Público...*, 52.

propone el control de los sistemas sociales, por medio del estímulo de la autorregulación de esos sistemas bajo la guía de las condiciones impuestas por el sistema legal». ³⁹⁹

De esta manera, Morales de Setién Ravina se adelanta de manera muy simple y esquemática al modelo de Teubner, uno que propone el estímulo a la autorregulación de los subsistemas sociales diferenciados, bajo un modelo de regulación de la autorregulación. Así, se trasciende la necesidad de una regulación administrativa que no puede seguir la dinámica de dichos subsistemas sociales diferenciados, pues «la realidad social sobrepasa la capacidad cognitiva de cualquier sistema regulador», ⁴⁰⁰ y en segundo lugar, el estímulo a la autorregulación se basa en la necesidad de equilibrar las relaciones de poder al interior de dichos subsistemas sociales, para no imponer la lógica de uno de los participantes de dicho subsistema social diferenciado. ⁴⁰¹

Cabe detenerse en este último punto, y aclarar que un modelo de autorregulación reglada no es sinónimo de desregulación, lo cual, en palabras de Morales de Setién Ravina, «acabaría imponiendo la lógica de un solo sistema». ⁴⁰² En un modelo teubneriano, se establecen condiciones para que las partes dialoguen en condiciones de igualdad, incorporando parámetros procedimentales para restablecer condiciones de igualdad en el caso de que ésta no se verifique en la práctica, que es precisamente el caso del derecho del trabajo. Siendo así, un modelo de autorregulación reglada no es contrario a un modelo de protección de la parte débil de una relación laboral, sino que más bien establece requisitos y parámetros para que dicha parte débil se fortalezca. Una visión de este tipo se condice bastante bien con un modelo laboral de negociación colectiva, en que los trabajadores tienen la posibilidad de formar asociaciones, elegir dirigentes, poseer fuero y contar con elementos de presión (como la huelga). Pero, por otro lado, un modelo de autorregulación reglada lidia con otro problema, dado que la sociedad global está dividida en un sinnúmero de subsistemas sociales

³⁹⁹ Morales de Setién Ravina, «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner», 48-49.

⁴⁰⁰ Morales de Setién Ravina, «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner», 48-49.

⁴⁰¹ María Mercé Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho Público...*, 308; «El Derecho aparece así, acompañado, en la esfera social, de otros factores normativos que no puede ignorar, pero que tampoco puede limitarse a recibirlos pasivamente. La función del Derecho, en tanto que función reguladora, debería consistir en ofrecer criterio orientadores a la normatividad de los subsistemas sociales privados, en tanto que instituciones».

⁴⁰² Morales de Setién Ravina, «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner», 48-49.

diferenciados, los cuales están operativamente cerrados, ninguno de ellos está en condiciones de influir directamente en el otro, sin perjuicio de estimular cambios en cada uno de los subsistemas provenientes de otros subsistemas, pero dichos cambios se producen siempre en las condiciones que el subsistema produce internamente, en este sentido, el cambio no es producido directamente. Esto significa algo tremendamente importante, ningún subsistema está en una posición epistemológica superior a otro subsistema en orden a imponer verdades sustantivas.⁴⁰³ Contrariamente a ello, la filosofía política parece creer que tal cosa sí es posible, esto es, que un subsistema, léase el Estado, está en una posición epistemológica superior a los subsistemas diferenciados potencialmente regulados por el Estado. Probablemente, en otro momento histórico, en que las personas se identificaban más fácilmente con la nación y el Estado como su expresión administrativa, tenía sentido adjudicar verdad a ese mismo Estado, como producto de una conversación entre concepciones contrarias, la cual no era, ninguna de ellas, epistemológicamente superior a la otra, y el derecho aparecía como un espacio simbólico de conversación política, en que el libre diálogo de opiniones políticas decantaba en una decisión legislativa. Pero hoy esto no pasa de ser una metáfora poco plausible. Siempre fue una metáfora, pero probablemente antes era más plausible que ahora.

Actualmente es una metáfora poco plausible, porque el pluralismo y la diversidad es un hecho, y ante ese hecho, la pretensión del Estado de universalizar opiniones políticas aparece fuera de contexto, esto incluye, desde luego, verdades universales acerca de lo social y lo laboral, que brindaban plausibilidad al paradigma del Estado de Bienestar. Ahora bien, no se trata sólo de que la metáfora del Estado como productor de verdad no sea tan exitosa como antes, sino de hacer notar lo importante que es que deje de ser exitosa. Como se verá, la verdad es una metáfora en virtud del cual se pretende estabilizar la realidad, y a pesar de lo evidente que es la multiplicidad y variedad de dichas verdades, la tendencia psicológica del ser humano es universalizar dichas verdades para que dicha verdad cumpla de mejor manera su rol de estabilizar la realidad, en ese punto, surge el Estado y el derecho como espacio simbólico de lucha por estabilizar la realidad a través de

⁴⁰³ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 312; «La naturaleza heterónoma, unilateral y coercitiva del Derecho tiene como consecuencia una colonización de los subsistemas sociales, que se ven por ello obligados a convivir con una racionalidad distinta de la que les caracteriza como tales subsistemas».

la verdad política. Así, el derecho es un espacio simbólico de acción y de reacción políticas, que posee como telón de fondo la producción de verdades universales en competencia. Esa lucha es, desde luego, violencia simbólica.

A lo anterior debe agregarse el diagnóstico propio hecho varias páginas más atrás, acerca de un derecho orientado por normas aún más abstractas, que tengan la facultad de adaptarse a los cambios sociales a través de conceptos jurídicos indeterminados. Sobre ello dijimos dos cosas; primero que la introducción de normas cada vez más abstractas afecta el principio *favor libertatis* del ciudadano, pues no puede saber a ciencia cierta qué es lo regulado, y en segundo lugar, a través de los conceptos jurídicos indeterminados, se introducen valoraciones que son ajenas a los subsistemas funcionalmente diferenciados que se pretenden regular sustantivamente, y hoy no es posible decir que el juez con su ciencia y su técnica, esté en una posición epistemológica superior a aquel que está involucrado en aquellos subsistemas sociales diferenciados, y que vive en carne propia la *lógica* de dichos sistemas. Por lo tanto, el diagnóstico y la propuesta de Gunther Teubner, se pueden resumir de la siguiente manera;

«El principio de complejidad social adecuada, tomado de Luhmann, establece que el orden legal en las sociedades postmodernas debe tener mecanismos que le permitan operar en un entorno complejo de subsistemas semiautónomos funcionalmente diferenciados. Los dos principios, aplicados a las sociedades postmodernas, nos llevan a la conclusión de que **un orden legal postmoderno debe estar orientado a procesos autorreflexivos en subsistemas sociales diferenciados.**»⁴⁰⁴

Que sean sistemas autorreflexivos implica que la reflexión no puede provenir desde fuera de los subsistemas sociales diferenciados, sino que debe provenir de su seno, en el cual se produzca la reflexión nunca definitiva, sino que siempre adaptable frente a los cambios espontáneos que se producen al interior de dichos subsistemas sociales diferenciados, de

⁴⁰⁴ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 93. También ver Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 94; «El derecho reflexivo, que en este momento es un elemento más de una complicada mezcla de orientaciones legales, puede emerger como la forma dominante del derecho postmoderno».

acuerdo a una estructura de significado autorreferencial.⁴⁰⁵ Ahora bien este sistema autorreflexivo debe contar, de acuerdo al modelo de Teubner, con un sistema reglado que tienda hacia la autorregulación, en ese punto la legislación heterónoma proveniente del Estado cumple aún un rol sumamente importante, pues estructura las bases para que los sistemas autónomos tomen decisiones sustantivas, pero sin que el Estado pueda tomar esa decisión por ellos. Teubner efectúa la siguiente caracterización del papel de la Ley en un sistema de «normatividad reflexiva»;

«Aquí la atención legal se centra en crear, conformar, corregir y rediseñar las instituciones sociales que funcionan como sistemas autorregulatorios. Las normas legales deberían producir una “compatibilidad armoniosa” entre estructuras institucionales y estructuras sociales. *En lugar de guiar materialmente el comportamiento, estas normas se dirigen hacia la organización, el procedimiento y la competencia. En lugar de asumir la responsabilidad de resultados sociales concretos, el derecho se limita a estructurar mecanismos para la autorregulación,* como son la negociación, la descentralización, la planificación y el conflicto organizado».⁴⁰⁶

No es, en este sentido, el papel del derecho establecer cuáles son los resultados sociales deseables, o cual es la correcta distribución de bienes, o en general, cual es la correcta concepción de justicia sobre tal o cual derecho o institución social. Por lo tanto, la «normatividad reflexiva» de Teubner nace como resultado del fracaso del modelo del Estado de Bienestar,⁴⁰⁷ que suponía una concepción de la justicia superior a otra —en términos absolutos—, en relación a la distribución de bienes.⁴⁰⁸ Según Teubner;

⁴⁰⁵ Ver Gunther Teubner, «El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho», *DOXA* 25 (2002) 536; «1. Las organizaciones no están compuestas por seres humanos como miembros, sino por comunicaciones, concretamente por decisiones, que son sus elementos auto-constitutivos. 2. Las organizaciones “conocen”. A través de la comunicación interna construyen sus propias realidades sociales, las cuales difieren considerablemente de las construcciones de la realidad de sus miembros individuales. En pocas palabras: las organizaciones son sujetos epistémicos».

⁴⁰⁶ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 101. Ver también Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 106-107; «La racionalidad interna del derecho reflexivo no está representada ni por un sistema de reglas definido con precisión, ni por la inyección de una orientación finalista a través de estándares materiales, en lugar, el derecho reflexivo, tiende a confiar en procedimientos que regulan los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias».

⁴⁰⁷ María Mercé Darnaculleta i Gardella, *Autorregulación y Derecho Público...*, 53; «la extensión y la diversidad de las demandas de la sociedad, junto con el aumento de su complejidad y su actual estructuración

«El derecho reflexivo se asemeja a los conceptos liberales y neoliberales sobre el papel derecho. En la medida en la que apoya la autonomía social, confía en los mecanismos de la mano invisible. Pero el derecho reflexivo no se limita solamente a adaptarse o apoyar los “órdenes sociales naturales”.⁴⁰⁹ Muy al contrario, busca una “autonomía regulada”. Busca diseñar sistemas sociales que se autorregulen a través de normas de organización y procedimiento».⁴¹⁰

En efecto, no es objeto del modelo de «normatividad reflexiva» desregular sin más los aspectos sociales más relevantes, dejando el papel del derecho solo un marco general de desenvolvimiento espontáneo de individuos que buscan sus propios intereses, sino buscar las estructuras adecuadas para lograr equilibrio en los distintos subsistemas sociales diferenciados, para darse su propia regulación sustantiva. Este marco regulatorio proveniente de la regulación heterónoma del Estado debe proporcionar las herramientas para producir este equilibrio y evitar, en la mayor medida posible, la dominación del subsistema social más fuerte -el de la economía, por ejemplo-, o la dominación del que tenga más influencia y poder en un subsistema social determinado. En palabras de Darnaculleta y Gardella, «[l]a autorregulación que centra nuestra atención está relacionada con el marco conceptual ofrecido por especulaciones teóricas diversas, que explican cómo y en qué medida, en una sociedad altamente autorregulada como la nuestra, que cada grupo social, cada subsistema, o cada institución, establezca sus propias normas y controles de funcionamiento. Dicha autorregulación, ello no obstante, no se desarrolla libremente –como

corporativa, ha acabado por desbordar la capacidad de respuesta de los poderes públicos. La crisis económica que azota las haciendas públicas constituye una dificultad añadida, que justifica, según la doctrina más autorizada, el actual proceso de desestructuración y desmantelamiento de la organización pública de carácter económico y prestacional, e impide reforzar e incrementar la organización burocrática con el fin de aumentar su capacidad de respuesta».

⁴⁰⁸ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 105: «La *racionalidad reflexiva* surge recientemente al producirse la crisis del Estado de Bienestar».

⁴⁰⁹ En efecto, la autorregulación proveniente del modelo del derecho responsivo, camina en la dirección contraria; ver por ejemplo; José Esteve Pardo, Prólogo a *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, de María Mercé Darnaculleta i Gardella. (Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005), 11; «Paradójicamente, la autorregulación no responde tanto al impulso desregulador, como a la contraria pretensión de legislador y los poderes públicos de ofrecer una regulación más rigurosa, vertical, adentrándose en el núcleo crucial y más complejo de la materia de que se trate».

⁴¹⁰ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 106.

sucedería si el Estado hubiese estado optado por una desintervención real-, sino que está dirigida, orientada y circunscrita por nuevas formas de regulación estatal».⁴¹¹

De esta manera, el derecho plantea las bases para la autorregulación, sin determinar por sí mismo los resultados de la normas sustantivas del subsistema social,⁴¹² pero influenciando su resultado, a través de un procedimiento de toma de decisiones, que establece las condiciones para que el resultado sea el más comprehensivo posible de todas las perspectivas existentes al interior del subsistema social.⁴¹³ En alguna medida, la propuesta de Teubner tiene reminiscencias a la teoría de la justicia procedimental de Jürgen Habermas,⁴¹⁴ con la diferencia de que Habermas plantea su modelo de justicia procedimental respecto del proceso de toma de decisiones del Estado, aún en una visión en virtud del cual es legítimo para el Estado-Nación decir lo que es sustantivamente correcto para la sociedad, con independencia de cuán funcionalmente diferenciada esté la sociedad en sus diversos subsistemas autorreferenciales. En este sentido, Teubner baja la procedimentalidad de la justicia a cada uno de los subsistemas sociales autónomos, bajo el entendido de que la Ley del Estado ya no está en condiciones de fijar sustantivamente las condiciones de convivencia entre y al interior de los distintos subsistemas sociales diferenciados. De esta manera, deja para el derecho el papel de regular la forma en que los subsistemas diferenciados deciden sobre sus propias reglas, procurando en lo posible establecer algún tipo de equilibrio entre las distintas partes. Así, el derecho influencia la decisión tomada, pero no decidiendo el asunto de modo directo.⁴¹⁵ Entonces, para Teubner:

⁴¹¹ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público.*, 83.

⁴¹² Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 313; «resta introducir las aportaciones de Gunther Teubner, especialmente sugestivas en lo que se refiere al desarrollo de la noción de “Derecho reflexivo”. Este autor toma en consideración las potencialidades de la autorregulación social, cuya existencia da por sentada, y se hace eco de la necesidad de reducir la presencia del Derecho estatal. Observa, además, las dificultades de ejecución del Derecho, en su caracterización tradicional y analiza las nuevas formas de regulación estatal, surgidas como consecuencia de dichas dificultades. Entre estas nuevas formas de regulación destaca, por su potencial desarrollo, la regulación de la autorregulación social.

⁴¹³ Existiría en este caso un elemento de presión externa; ver Ricardo Valenzuela Gascón, «Constitucional Sociology and Corporations. A Conversation with Gunther Teubner», *Tempo Social, revista de sociología da USP*, vol 31 n° 1 (2018) 332. doi 10.11606/0103-2070.ts.2019.146006.

⁴¹⁴ Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez, sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, (Madrid, Editorial Trotta, 1998), 353.

⁴¹⁵ Respecto de la diferencia entre Teubner y Habermas; Daniel Alejandro Dodds Berger, «Paradigmas del Derecho, Reflexión y Derechos Sociales». *Derechos y Humanidades* 18 (2011) 109-110.

«El papel del derecho es decidir sobre decisiones, regular regulaciones y establecer premisas estructurales para decisiones futuras en cuanto a organización, procedimiento y competencia. Los resultados específicos en otros subsistemas sociales, estarán influenciados por el papel del derecho a la hora de establecer los parámetros del procedimiento de decisión, pero no serán mandatos legales, porque el derecho no habrá determinado taxativamente esas decisiones».⁴¹⁶

Así entonces, al no determinar taxativamente esas decisiones, deja un amplio margen de acción y de apreciación para la determinación de las propias normas sustantivas. En el caso de nuestra tesis en particular, el objeto de establecer un modelo de autorregulación reglada consiste en dejar a los participantes de este subsistema social diferenciado que es la empresa, en posición de asumir sobre sí directamente la necesidad de gestionar, prever, eliminar o aceptar los riesgos laborales que la actividad de la empresa produce, gestión que debe ser permanente y revisable continuamente, pues el tipo de economía cambia, y con ello el tipo de actividad económica, y con ello cambian los riesgos laborales a los que está expuesta la empresa. Por esa razón, el modelo de regulación administrativa que intenta regular de una vez por todas todos los riesgos laborales, queda siempre desfasada ante los cambios espontáneos que se producen en las distintas actividades económicas,⁴¹⁷ además de la notable incapacidad de regular todos los riesgos laborales que pueden existir en un momento determinado.

Adicionalmente, el modelo de regulación normativa sustantiva deja al empleador y los trabajadores como receptores pasivos de mandatos legales y de información sobre riesgos laborales que no pueden gestionar por sí mismos, dado el carácter paternalista que posee el derecho objetivo, basándose el sistema de prevención de riesgos en sanciones a posteriori por incumplimientos de normas legales tanto desde el punto de vista administrativo, como desde el punto de vista de las normas sobre responsabilidad civil.

⁴¹⁶ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 135. También Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 108; «El derecho reflexivo tiene influencia en la calidad de los resultados sin determinar los acuerdos que se pueden alcanzar. A diferencia del derecho formal, no toma las distribuciones existentes como dadas. A diferencia del derecho material, no mantiene que ciertos resultados contractuales sean deseables».

⁴¹⁷ Ver Aldo Mascareño, «Inmanencia y Trascendencia en la Sociología del Derecho»; *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, 2014: 35; «No sería justo situar sólo en el derecho la necesidad de aprendizaje cognitivo. En un mundo tan altamente cambiante, de tanta aceleración, todos los sistemas se ven enfrentados a una intensa observación del entorno y a un continuo ejercicio de adaptación de su devenir interno».

Normalmente se contesta a esto diciendo que el regulado no es receptor pasivo de mandatos legales, sino que participa del procedimiento democrático a través del voto, siendo parte, entonces, de un autogobierno colectivo. De esa manera, el ciudadano no es receptor pasivo, sino creador de las propias normas jurídicas que les son aplicables. Creemos que dicha afirmación posee un valor meramente metafórico, para hacer plausible la idea del Estado con potencial normativo universal, pero que omite toda consideración sobre la disgregación que vive la sociedad global. En dicha disgregación, el contexto de significado del regulador, es completamente distinto del contexto de significado del regulado, por lo tanto no puede decirse que éste participe directamente en la creación normativa de aquel, pues son sistemas que están diferenciados, conforme a la tesis que se viene planteando en este capítulo. Desde este punto de vista, «pensar la democracia como la participación de todos o del mayor número es antes que una utopía un *non sense* radical»⁴¹⁸ También en palabras Maroto Calatayud; «Las críticas a la democracia deliberativa se centran en subrayar algunas tensiones en la teoría, que con frecuencia tienen que ver con el potencial de exclusión de participantes en el proceso deliberativo, un problema que sublimaba la teoría liberal a través del principio de igualdad formal y representación».⁴¹⁹

Ahora bien, despejado ese punto, un sistema de autorregulación de prevención de riesgos laborales, no puede quedar al arbitrio absoluto de los involucrados, por eso es un sistema de autorregulación *reglada*, en virtud del cual debe existir una ley heterónoma que fija las condiciones y procedimientos en que trabajadores y empresarios gestionan sus propios riesgos laborales. Así entonces, para Darnaculleta i Gardella; «[I]a regulación estatal, por su parte, se despoja parcialmente de su carácter coactivo y autoritario y, simultáneamente, renuncia a intervenir directamente en ciertas relaciones sociales, dando entrada en ellas a la autorregulación [...]. No desaparece, sin embargo, la regulación de carácter imperativo ni el control estatal de sus contenidos. [...] La regulación estatal se centra en la atribución de competencias, en el establecimiento de procedimientos y en el reconocimiento de los

⁴¹⁸ González, Luis Armando, «Teoría Crítica vs Teoría de Sistemas; la confrontación Habermas-Luhmann», 796.

⁴¹⁹ Manuel Maroto Calatayud, «Liberalismo vs Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación com discursos legitimantes». En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores). *Autorregulación y Sanciones*. (España: Thomson Reuters; Aranzadi, 2015), 89.

efectos de la autorregulación, dejando a ésta la fijación y el control de los contenidos normativos primarios».⁴²⁰

En este punto, cabe recordar que las condiciones para el discurso deliberativo pensados por Habermas, son perfectamente aplicables en un contexto de autorregulación reglada, aplicados, como ya se ha dicho, no al Estado, sino al subsistema social diferenciado. En efecto, para los estudiosos de Habermas, «La meta del entendimiento, con Habermas, es acceder a un acuerdo que tiene como término una comunidad intersubjetiva de comprensión recíproca, de saber compartido, de confianza mutua y coincidencia. El acuerdo se basa en el reconocimiento de las cuatro pretensiones de validez correspondientes: entendimiento, verdad, veracidad y rectitud»⁴²¹ Ahora bien, para lograr esta «comunidad intersubjetiva de comprensión recíproca, de saber compartido, de confianza mutua y coincidencia», es en gran medida necesaria la igualdad de los hablantes, pues para que el discurso esté honestamente orientado hacia el entendimiento, se requiere de este presupuesto básico. En efecto, «[p]ara Habermas la razón de ser del Estado no radica primordialmente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la salvaguardia de un proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad común, en la que los ciudadanos libres e *iguales* se entienden sobre la metas y normas que serían de interés común para todos» (la cursiva es mía).⁴²²

Sobre este punto, insistimos en que la cita de Habermas está referida, en lo que a nuestra tesis implica, a la conversación producida en el subsistema social diferenciado, que en este caso corresponde a la relación laboral. Extraemos de la teoría de Habermas la necesidad de un reequilibrio entre los agentes del acuerdo, para que el entendimiento y la voluntad común sean reales, y no corresponda a la dinámica de un solo sistema.⁴²³ Pero eso no significa que estemos tomando la tesis habermasiana como un todo, e incorporándola sin matices a la fundamentación de un sistema de autorregulación reglada. En particular, nos apartamos en una serie de puntos. En efecto, la comunicación orientada hacia el entendimiento de Habermas, está referida a lograr acuerdos simbólicos a nivel de la sociedad global, la cual se entiende aplicable a cada uno de los subsistemas sociales

⁴²⁰ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 280.

⁴²¹ Héctor Domínguez, «Democracia deliberativa en Jürgen Habermas», *Analecta política* 5 (2013): 312.

⁴²² Domínguez, «Democracia deliberativa en Jürgen Habermas», 307.

⁴²³ Morales de Setién Ravina, «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner», 48-49.

diferenciados, los cuales deben aceptarla en función de la legitimidad que posee dicha sociedad global (legitimidad que depende también de dicho discurso orientado hacia el entendimiento). Por lo tanto, los acuerdos alcanzados en dicho nivel, poseen la máxima universalidad requerida para los enunciados normativos contemplados en dicho acuerdo. Dado que el punto de Habermas es lograr acuerdos al nivel de la sociedad global (el Estado), la universalidad no es obstáculo para dichos acuerdos, al contrario, Habermas cuenta con la universalidad de dichos acuerdos. Sin embargo, dicha universalidad, generada al nivel de la sociedad global, es un problema ante la dinamicidad que la realidad posee al nivel de los subsistemas sociales diferenciados, el acuerdo consensuado al nivel de la sociedad global queda siempre desfasado ante una realidad irrestrictamente cambiante en el nivel más inferior, esto es, el nivel que posee un contacto más directo con lo concreto.

Por eso, extraemos la racionalidad discursiva de Habermas, desde la sociedad global hacia el subsistema social diferenciado, pero dejando de lado todo aquello que sea predicable respecto de la sociedad global y no respecto del subsistema social diferenciado, por ejemplo, la pretensión de universalidad de los acuerdos normativos.

Ahora bien, al nivel del subsistema social diferenciado, los acuerdos poseen también cierta universalidad, y se caracterizan también por la abstracción y la generalidad de las normas estatales, pero la diferencia fundamental, es que a ese nivel, es mucho más expedito el proceso de actualización, revisión y reflexión continua motivados por los cambios producidos, proceso que a nivel de la sociedad global, o no se verifica o lo hace de manera muy lenta. Sumado a ello el detalle no menor de que el subsistema está diferenciado de la sociedad global y viceversa, por lo tanto, los acuerdos producidos por esta no son reconocidos por aquella.

Dado que la teoría de Habermas está pensando en el Estado, su modelo de democracia deliberativa está orientada a acuerdos normativos con pretensiones de universalidad, por lo tanto, esto supone una regulación desde un sistema (político-jurídico) a otro (social), y no un modelo de autorregulación de los distintos subsistemas sociales. En este punto tomamos el modelo reflexivo de Habermas, pero lo radicalizamos, y al radicalizarlo nos separamos de él. Para que exista reflexión, debe necesariamente partirse desde la realidad concreta, no desde la abstracción de las normas universales, pues dichas normas universales son esquemas conceptuales que intentan designar la realidad, pero una vez formulados dichos

esquemas ya se encuentran desfasados, y son aplicados técnicamente sin conciencia de su desfase. Como se puede ver, esto es aplicación tecnificada, no reflexión. Por lo tanto, para que exista menos aplicación tecnificada y más reflexión, hay que acercar cada vez más la normatividad a la realidad concreta, más cerca del subsistema social diferenciado que de la sociedad global, lugar en que se pueda reaccionar con mayor celeridad y espontaneidad al desfase de la norma abstracta. Por esta razón, si bien la reflexividad de Habermas está orientada hacia la regulación, una radicalización de la misma estaría naturalmente orientada hacia la autorregulación.

3. Modelo de reflexividad normativa y liberalismo;

Algunas páginas atrás hemos apuntado a la relación de la teoría de reflexividad normativa de Teubner con los modelos neoliberales, atendida la semejanza entre ambos modelos, en relación a la función secundaria otorgada al Estado en la regulación sustantiva de la sociedad global. En efecto, la aclaración a este respecto señalada por Teubner es la siguiente; «[e]l derecho reflexivo se asemeja a los conceptos liberales y neoliberales sobre el papel derecho. En la medida en la que apoya la autonomía social, confía en los mecanismos de la mano invisible. Pero el derecho reflexivo no se limita solamente a adaptarse o apoyar los “órdenes sociales naturales”. Muy al contrario, busca una “autonomía regulada”. Busca diseñar sistemas sociales que se autorregulen a través de normas de organización y procedimiento».⁴²⁴ La cita de Teubner en este punto es sumamente aclaratoria, ya que si bien apunta a una similitud con los modelos neoliberales, esta semejanza no es más que formal, porque en lo sustancial, Teubner intenta dar poder a los involucrados en la negociación de las reglas en los subsistemas sociales diferenciados, igualando las condiciones procedimentales de negociación, influyendo de esta manera indirectamente en el resultado. Esa característica lo aleja bastante de los modelos neoliberales, en virtud de los cuales el Estado aparece solamente en el fondo de la puesta de escena, asegurando derechos individuales y dejando el camino libre a los individuos para

⁴²⁴ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 106.

desarrollar sin obstáculos sus planes de vida, según lo que se ha venido llamando «libertad negativa».

En este punto, es necesario dejar claro que la fundamentación de la autorregulación reglada, se aleja de los presupuestos de los modelos liberales o neoliberales, pero tampoco se asemeja a modelos socialdemócratas. Se diferencia de ambos en varios niveles. Ahora bien, para poder hacer este punto nos centraremos en un tópico específico, pero sumamente importante por su transversalidad a las distintas concepciones sobre la función del derecho, como es la *libertad*. En efecto, reflexionaremos sobre la diferencias de los modelos de libertad negativa, libertad reflexiva y un tercer tipo de libertad extraídos de Hegel, que podríamos denominar libertad social. En cuanto a la caracterización de estos tres tipos de libertad, seguiremos el texto de Axel Honneth, «El derecho de la libertad, esbozo de una eticidad democrática». En efecto, la libertad es caracterizada en el texto de Honneth en su asociación con la necesidad de un punto de vista y un juicio propio sobre el mejor modelo social, así, en el ejercicio de estas facultades constituiría la esencia de la libertad; «[p]ara ello el intelecto humano ha descubierto en la autodeterminación, en la fuerza de llegar a juicios propios, no cualquier atributo contingente, sino la esencia de su actividad práctico-normativa: el pedir justicia, el simple querer hacer valer su respectivo punto de vista significa querer (conjuntamente) uno mismo determinar que reglas normativas debe observar la convivencia social»⁴²⁵ Sin embargo, observa al mismo tiempo que las filosofías políticas clásicas, en especial Hobbes, no dan cuenta del atributo esencial de la libertad, dejando de lado su positividad, como acción basada en una voluntad orientada hacia el exterior, sino simplemente como un dejar hacer, un dejar pasar. En efecto, caracteriza el concepto de libertad en Hobbes de la siguiente manera; «Hobbes colige la libertad de seres que, como los hombres, tienen una “voluntad”, a diferencia de los simples cuerpos; así, su libertad consiste en que las resistencias externas no les impidan realizar los objetivos que se han propuesto ellos mismos: un “hombre libre es, según lo que se entiende casi como una definición, “quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea»⁴²⁶ En consecuencia, soy libre en tanto no poseo una fuerza externa que obstaculice mi actuar, pero no establece cuales son las condiciones para

⁴²⁵ Axel Honneth, *El derecho de la libertad, esbozo de una eticidad democrática*, (Buenos Aires: Katz editores, 2014), 32.

⁴²⁶ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 37.

que ese actuar pueda ser considerado realmente libre, en un sentido sustancial. Se queda simplemente en el primer paso, la existencia de una fuerza opuesta a mi voluntad, pero no profundiza en las condiciones para que la voluntad surja y pueda atribuirse a la acción de esa voluntad, el calificativo de libre. Honneth plantea que la idea de libertad en Hobbes, fue mantenida matices más matices menos, por los filósofos liberales posteriores; «[s]i bien, más tarde, el pensamiento original se mejoró teóricamente en John Locke, John Stuart Mill o Robert Nozick, siempre fue determinante la idea de asegurarles a los sujetos un margen de acción protegido para acciones egocéntricas, liberadas de la presión de la responsabilidad».⁴²⁷

Desde este punto de vista, quedan absolutamente silenciadas las condiciones y la forma en que se hacen las elecciones, la pura elección en sí es importante para los teóricos de la libertad negativa. «[e]sta clase de libertad es negativa porque no es necesario seguir preguntándose si sus objetivos, a su vez, satisfacen condiciones de la libertad; no importa qué elección existencial se haga, qué deseos se satisfagan, el acto puro, sin impedimentos, del decidir, es suficiente para calificar de libre a la acción resultante».⁴²⁸ Luego, en relación a este modelo de libertad negativa, el modelo jurídico apropiado a dicha caracterización de la libertad es una en que el Estado se limita a tratar de evitar que unos restrinjan las esferas de libertad de otros u obstaculicen cursos de acción legítimos. En consecuencia, el Estado trata de garantizar la no obstaculización, pero no trata de garantizar las condiciones para que los actos de las personas puedan ser consideradas verdaderamente libres. Algunos ven en este modelo de libertad negativa, la justificación del modelo de autorregulación, así, para Maroto Catalayud; «para muchos de sus defensores en el ámbito empresarial, la idea de autorregulación apela, de forma más o menos explícita, a la tradicional aspiración liberal de individuos y organizaciones a determinar libremente su conducta a sus formas de funcionamiento, haciendo el mayor uso posible de la esfera de libertad que les corresponde como entes privados y evitando interferencias en la misma por parte de los poderes públicos. En esta interpretación reside todavía parte del atractivo retórico de la autorregulación como forma de regulación “progresista”, casi anarquista por antiestatal:

⁴²⁷ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 38.

⁴²⁸ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 40.

apela directamente a ese valor esencial del ideario político-filosófico liberal.»⁴²⁹ En las próximas páginas, haremos una relectura de la autorregulación que no necesite de la teoría de la libertad negativa, sino que responda más bien, a una concepción de la libertad que trascienda lo individual, y se dirija más bien a la necesidad de un intercambio intersubjetivo espontáneo, según veremos.

Para llegar a comprender la actividad del Estado como una en que no sólo se impide la obstaculización de la libertad, sino que incorpora la preocupación por las condiciones del ejercicio de la misma, es necesario considerar un concepto de libertad de tipo reflexivo; «[e]l núcleo de la libertad reflexiva lo constituye históricamente en una primera instancia la propuesta de diferenciar entre acciones autónomas y heterónomas. Con esta contraposición, cuyo precursor intelectual es Rousseau, el peso de la libertad individual fue desplazado de un solo golpe: una acción no puede considerarse libre por el hecho de que sea ejecutada en el mundo exterior sin que encuentre resistencias, sino únicamente en el momento en que la intención de ejecutarla tenga su origen en la voluntad propia».⁴³⁰ Ahora bien, ¿qué se entiende por voluntad propia?, en ese punto desembocamos en dos versiones de la libertad reflexiva, una versión kantiana que supone el ejercicio de la libertad en términos racionales, y la libertad de Herder que vincula acción libre con la acción de una individualidad real, que debe descubrirse a través de un largo proceso de reflexión y depuración. En efecto, de acuerdo a Honneth; «Kant retoma aquellos elementos de la doctrina de la libertad de Rousseau que interpretan la libertad según un modelo de autolegislación: el sujeto humano debe considerarse “libre”, debido a que y en la medida en que tiene no solo la capacidad de darse a sí mismo leyes para actuar sino también la de operar según ellas».⁴³¹ En este punto, tenemos un modelo de libertad en virtud del cual el sujeto se propone fines y establece los medios con los cuales alcanzar esas finalidades, desarrollando un tipo de acción delineada por dicha elección de medios y fines. Al frente de dicha concepción racional de libertad, Herder establece un concepto de libertad en que supone primero una separación entre un yo ficticio y un yo real, señalando que debe depurarse, a través de un largo proceso de

⁴²⁹ Maroto Calatayud, Manuel, «Liberalismo vs Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes», 73.

⁴³⁰ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 48.

⁴³¹ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 51.

reflexión, para finalmente poder calificar las acciones de dicho yo real, como una acción hecha en libertad; «La reflexividad de la libertad individual consiste en convertirse en un individuo real sólo mediante la apropiación y articulación de la voluntad propia y auténtica a través de un largo proceso de reflexión».⁴³² En consecuencia, la diferencia entre ambos conceptos de libertad reflexiva puede esquematizarse de la siguiente manera; «[m]ientras que Kant propone interpretar la voluntad libre como producto de una autolegislación racional, Herder parte de la premisa de que la depuración de la voluntad es cuestión del descubrimiento de los deseos propios y auténticos».⁴³³

Luego, se distingue entre un tipo de libertad reflexiva de corte individual, y otro de tipo colectivista, del cual se desprenden diversas concepciones de la función del derecho. «En el primer caso, en que la reflexividad de la autorrealización es un logro sólo de un sujeto individual, la misma concepción de justicia correspondiente debe tener un corte individualista: el orden justo es pensado naturalmente como una suma de recursos sociales y condiciones culturales que deben permitirle al individuo articular sin coerción su auténtico yo a lo largo de su vida».⁴³⁴ Sin embargo, se opone a él un modelo de libertad reflexiva de tipo colectivo; «[e]l individuo no posee en sí mismo la facultad de autorrealizarse porque su auténtico yo es tan intensamente un momento o la expresión de una comunidad social que únicamente puede desarrollarlo en ejecución colectiva; en este sentido, la libertad que se toma aquí como condición es siempre sólo el resultado de un logro reflexivo que únicamente puede ser consumado por un colectivo».⁴³⁵ Sin embargo para Honneth, si bien el matiz entre libertad reflexiva individual y libertad reflexiva colectiva es importante, ninguno de los dos modelos es capaz de dar con las condiciones para que dicha libertad reflexiva tenga cabida en la realidad objetiva, el modelo jurídico de la libertad reflexiva, tanto en su versión individual como colectiva, supone la administración de un espacio en que se dé lugar a las acciones libres de sujetos orientados a lo social, pero no a la base para asegurar el carácter libre de la acción de dichos sujetos. En efecto, para Honneth «[l]a concepción de justicia en la que desemboca este ideal de autorrealización puede, por su parte, tomar muchas formas; sólo les es común el hecho de

⁴³² Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 52.

⁴³³ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 54.

⁴³⁴ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 59.

⁴³⁵ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 60.

que están constreñidas metódicamente a entender el orden social como la encarnación de aquellas ejecuciones de acciones en las que los sujetos realizan las acciones que comparten. La versión democrática de esta idea de justicia está representada por el republicanismo liberal, según este [...] los miembros de la sociedad se dan cita cuando aspiran a discutir y negociar públicamente todos los asuntos que les son comunes, de modo que la deliberación intersubjetiva en lo público-político debe ser concebida como una forma colectiva de autorrealización». ⁴³⁶ Luego, termina por desechar las versiones jurídicas de ambos tipos de libertad, al no considerar, artificialmente, las condiciones y formas institucionales para ejercer la libertad, tanto de modo colectivo como individual; «En ninguno de los dos modelos de libertad reflexiva se interpretan las condiciones sociales mismas que habrían de posibilitar el ejercicio de la libertad en cada caso ya como componentes mismos de la libertad; tales condiciones sólo entran en juego cuando con la cuestión del orden justo se tematizan también las oportunidades de realización social. Esencialmente, las ideas de libertad reflexiva se detienen, así, antes de que se den las condiciones en virtud de las cuales podría consumarse el ejercicio de la libertad caracterizado por ellas; al determinar la libertad se dejan totalmente de lado de manera totalmente artificial aquellas condiciones y formas institucionales que siempre deberían aparecer al iniciar la reflexión para llevarla a buen término».

A partir de la consideración de las condiciones institucionales para el ejercicio real de la libertad, se ha fundamentado una serie de políticas de corte socialdemócrata, en las cuáles se ha tomado la libertad, considerado como un valor de órdenes liberales y neoliberales, y se la ha radicalizado estableciendo políticas redistributivas de *libertad*, lo que lleva finalmente a una imposición de órdenes de tipo socialdemócrata. Por ejemplo, el establecimiento del mecanismo de sorteo en el caso de que exista una demanda mayor a la oferta que un colegio pueda otorgar, de esa manera, el sorteo entre los alumnos que demandan matrícula asegura que la discriminación no se efectúe por condiciones económicas, y si el sorteo otorga matrícula a alumnos sin recursos, el Estado debe subvencionar el arancel. Como se ve, esto supone una política en virtud del cual el Estado establece las condiciones para un ejercicio real de la libertad, de lo contrario, el ejercicio de la libertad de educación es real sólo para una elite, y en virtud de la *corrección* de las

⁴³⁶ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 60.

condiciones impuestas desde el Estado, dicha libertad es redistribuida entre aquellos cuya posibilidad de elección de plantel educativo, es meramente formal. En este tipo de respuesta jurídica a la libertad reflexiva, está pensando Honneth, cuando caracteriza su modelo de libertad basado en las condiciones institucionales para el ejercicio de la misma; «[d]ado que el anhelo de libertad del individuo, por consiguiente, sólo se realiza dentro de instituciones o con ayuda de ellas, para Hegel el concepto intersubjetivo de “libertad” se amplía nuevamente a uno “social”: “libre” es en último término el sujeto solo cuando en el marco de prácticas institucionales se encuentra con una contraparte a la cual lo conecta una relación de reconocimiento mutuo, porque puede ver en las metas de éste una condición de la realización de las propias metas».

Como se ve, es muy difícil establecer una vinculación entre algunos de estos modelos de libertad y los modelos de reflexividad normativa. En alguna medida, y como ya habíamos señalado, Teubner mismo ve las semejanzas entre su modelo de reflexividad normativa y los modelos liberales y neoliberales, en cuanto rechaza la regulación substantiva del Estado, suponiendo que dichas regulaciones obstaculizan la libertad de los individuos o grupos intermedios, a partir de un concepto de libertad negativa. Pero el mismo Teubner, rechaza dicha asimilación, puesto que el modelo de normatividad reflexiva aún supone el establecimiento de condiciones procedimentales para producir una conversación con igualdad de chances entre las partes,⁴³⁷ cosa que al modelo de libertad negativa no reconoce ni le interesa, sólo le preocupa que las personas no obstaculicen sus planes individuales o egocéntricos.

Ahora bien, dado que el modelo de reflexividad normativa supone que el Estado como telón de fondo, regule los procedimientos que permitan una igualdad de chance en la conversación, aquello se asemeja bastante al modelo hegeliano de libertad social, aquel en virtud del cual hay preocupación por parte del derecho de las condiciones y formas institucionales que posibilitan la libertad, el modelo de reflexividad normativa supone un reconocimiento del otro, en la libertad reflexiva necesaria para autorregular sus espacios comunes. Sin embargo, dudo también que dicha asimilación sea posible, puesto que el modelo de libertad social, supone arreglos institucionales más substantivos que los meramente procedimentales supuestos por el modelo de normatividad reflexiva, como el

⁴³⁷ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 106.

ejemplo mencionado más arriba relativo al sistema de sorteo ante el exceso de demanda ante un colegio. Un sistema de libertad social es un modelo político socialdemócrata, el cual, como tal, no tiene ninguna relación con hacer abdicar al Estado en la regulación substantiva de la sociedad global, otorgando competencias a los subsistemas sociales diferenciados para producir su propia autorregulación, estableciendo condiciones procedimentales para la igualdad de chance en la conversación.

Por último, tampoco creemos que un sistema de normatividad reflexiva diga relación con los modelos de libertad reflexiva tanto individual como colectiva, pues estos modelos están preocupados de la autenticidad del yo real como condición para el ejercicio de una libertad auténtica, elementos que son completamente ajenos a un sistema de normatividad reflexiva, que está basado en la necesidad de autorregulación de subsistemas sociales diferenciados.

Así entonces, ¿es posible efectuar correspondencia entre algún modelo de libertad y un sistema de normatividad reflexiva?, creemos que sí, pero para ello se requiere una reflexión un tanto más radical, que explore elementos que el mismo Honneth considera, pero para luego dejar de lado. Pienso que no pueden ser dejados de lado. En efecto, el mismo Honneth plantea; «[d]espués de Nietzsche y de Freud es cada vez más difícil imaginarse el proceso de la autorrealización como si fuera una liberación reflexiva del núcleo original de la persona, que incluso estuviera establecido naturalmente; antes bien se parte de la idea de que el “yo” de la persona constituye algo formado socialmente que, si bien puede oponer resistencia a los procesos de formación, no lo puede hacer como un germen que ya contiene de antemano todo el potencial caracterológico individual».⁴³⁸ Esta afirmación supone que el yo es una construcción, la que como tal es social, afirmación que como podemos apreciar es correcta, puesto que si observamos atentamente, podemos ver que el individuo escoge metas y formas de vida que se encuentran mediadas socialmente, y en alguna medida, aprobadas socialmente. Las acciones de un individuo se efectúan dentro de un marco que está condicionado por lo social, la cual no es, por lo tanto, una acción libre, sino producto de un yo psicológico que depende de las normas sociales. Incluso el apartamiento de las normas sociales se efectúa dentro de un marco de condicionamiento, pues las formas de rebeldía también se encuentran condicionadas por una forma aceptada de rebeldía. En este contexto, hablar de libertad individual aparece como una contradicción en los términos.

⁴³⁸ Honneth, Axel, *El derecho de la libertad...*, 56.

¿Quiere decir esto que no existe libertad?, existe, pero ésta no es individual, corresponde más bien a aquella persona que ha podido trascender el núcleo de su yo psicológico, y que como tal está libre del condicionamiento social, y del conocimiento que estructura su acción, convirtiéndola en algo no espontáneo. Con esto, atribuimos libertad a la persona, pero no al individuo, identificamos al individuo con un yo psicológico, el cual al ser transcendido, termina con el cierre operativo de dicho sistema, para transformarse en la apertura total hacia lo otro, que es la persona. Por lo tanto, cuando decimos persona, decimos al mismo tiempo relación, por eso la libertad no es *su* libertad, sino que ésta es el estado en que se produce una relación libre y espontánea, de conversación fluida libre de conocimientos o prejuicios, y en que no hay preocupación con los resultados de la conversación, puesto que ninguna persona está identificada con abstracciones, modelos ni verdades, porque esto corresponde al comportamiento del individuo. Sólo eso es libertad, y no otra cosa.

Como puede verse, la libertad es un flujo relacional que carece de estructura, y no puede ser reducida a conceptualizaciones ni modelos teóricos de justicia, más bien sus reflexiones se van actualizando de instante en instante, sin acumularse en forma de conocimiento. Desde luego, en relación a este tipo de libertad, ningún modelo jurídico puede ser planteado, puesto que trasciende complementemente cualquier respuesta institucional. Desde el momento en que se plantea una respuesta institucional, esa libertad se pierde, porque esa institución supone individuos que se identifican con ella, y eso es condicionamiento, no libertad.

Parte del contenido del yo psicológico, y por lo tanto del individuo, son las abstracciones y modelos teóricos que defiende y por los que lucha, ellos son parte de su horizonte de referencia, y que dan estabilidad a la individualidad. Por eso es tan importante defenderlo, porque con ello ponemos en juego nuestra identidad personal. A esta defensa y lucha de individuo, la llamamos libertad, pero si miramos de cerca, esto corresponde más bien a una esclavitud. La identidad personal del individuo, contenida en sus opiniones políticas, sus conocimientos teóricos, son el sedimento del cual hay que liberarse, para construir una relación real, una apertura completa hacia lo otro y al reconocimiento mutuo. Si cargo con conocimiento, no puedo reconocer lo otro, porque mi conocimiento es la forma de mi realidad, y el individuo no está dispuesto a renunciar a ello. Si mantiene dicho conocimiento no puede reconocer el conocimiento del otro, ni viceversa. Por eso, si

mantenemos conceptos de libertad individual, tanto negativa como reflexiva, y tanto individual como colectiva (que no es otra cosa que inter-individualidad), las formas discursivas típicas del modelo habermasiano no pueden ser exitosas, sino termina con el individuo, porque en él viene implícito el irrespeto, la falta de una acción orientada hacia el entendimiento y la falta de reconocimiento mutuo. En cambio, si se termina con el individuo, la apertura es espontánea y total, y las condiciones de la discursividad procedimental se dan espontáneamente. En ese punto no necesitamos a Habermas.

Por lo tanto, un estado de libertad, que no es individual ni social, sino espontáneamente relacional, no puede estar comprometido con un modelo de verdad, ni moral ni ético ni jurídico. El estado de libertad, ya no del individuo, sino de la persona en estado relacional total, es la fraternidad. No hay diferencia en este punto entre libertad y fraternidad, son distintas palabras para decir lo mismo. Tampoco de la fraternidad pueden derivarse modelos teóricos ni verdades políticas, porque dichos modelos teóricos y verdades políticas están hechas para que un individuo se identifique con ellas, y junto con ello pretenda su universalización a través de su imposición por medio de sofisticados argumentos y rebuscadas intelectualizaciones, lo cual es todo lo contrario a la fraternidad, es más bien violencia simbólica.⁴³⁹

Veamos esto en un ejemplo, relativo al establecimiento de los derechos sociales como corolario de la fraternidad. José Ignacio de la Hoz Alfaro en su tesis «Conflicto entre el derecho de propiedad y los derechos sociales: una propuesta de solución libertaria», discute a siguiente tesis de Fernando Atria;

«El argumento central de Atria, muchas veces implícito en su obra (2014a), para poder justificar los derechos sociales, se puede descomponer de la siguiente manera;

⁴³⁹ En este punto tratamos de dar un argumento diferente para la autorregulación regulada, eso no significa desconocer que los argumentos tradicionales son de corte liberal, y su concepto de libertad negativa; ver Maroto Calatayud, Manuel, «Liberalismo vs Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes», 76; «Lo que de desconfianza hacia lo estatal tiene la tradición liberal, lo tiene el pensamiento capitalista de animadversión hacia la regulación pública del mercado. La comunidad académica y empresarial se esfuerza por diferenciar la autorregulación de las ideas meramente desreguladoras, pero es difícil negar que ambas comparten una evaluación común. La defensa de la autorregulación como un ejercicio de libertad negativa, es un argumento que goza de arraigo en la tradición jurídica occidental. Rousseau y Kant habían defendido ya la idea de “autolegislación” como núcleo de la autonomía política y del concepto mismo de soberanía».

(a) Realización recíproca: mi realización humana depende de la realización de los demás y la realización de los demás depende de mi realización;

De esta afirmación Atria deriva una segunda afirmación que tiene un contenido distinto, aunque a veces parece asimilarlo al contenido de la primera afirmación;

(b) Deber recíproco: todos tenemos la responsabilidad o el deber (moral) de asegurar a toda persona cierta dimensión del bienestar;

Y Atria quiere usar esta última afirmación para el reconocimiento de los derechos sociales en el sentido jurídico;

(c) Derecho Social: todos tenemos el derecho (jurídico) a que los demás nos garanticen cierta dimensión del bienestar y todos tenemos el deber (jurídico) de garantizar a los demás cierta dimensión del bienestar».⁴⁴⁰

Sin embargo, De la Hoz identifica, correctamente a mi juicio, el problema del planteamiento, y que tiene directa relación con lo señalado más arriba, relativa a la inexistencia de cualquier relación de la fraternidad y de la libertad con un modelo normativo, cualquiera fuese este. «[p]ero la principal crítica es que incluso si la primera afirmación se acepta en su segunda interpretación lo que se propone es la segunda y tercera afirmación no se satisface, sino que contradice el espíritu de lo que afirma en la primera. Esto es así, porque el valor de la fraternidad y el altruismo que se quiere rescatar en la primera es un valor que se satisface en gran medida cuando hay preocupación personal y esa preocupación genera una motivación de primer orden para ayudar y cooperar con las personas con los que se tiene ese vínculo, mientras que el concepto deóntico (obligación, permiso, prohibición) que se introducen en la segunda afirmación es el de la obligación de acciones de modo imparcial e impersonal hacia otras personas con independencia de su identidad personal y sus vínculos sentimentales con el agente».⁴⁴¹

De la Hoz efectúa la misma observación que hemos planteado, sin perjuicio de que la tesis de De la Hoz se refiere a los modelos jurídicos, tesis que, según se desprende de la lectura

⁴⁴⁰ José Ignacio de la Hoz Alfaro, «Conflicto entre el derecho de propiedad y los derechos sociales: una propuesta de solución libertaria». (Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2018), 185.

⁴⁴¹ De la Hoz Alfaro, José Ignacio, «Conflicto entre el derecho de propiedad y los derechos sociales: una propuesta de solución libertaria», 190.

de su texto, extrae de los análisis de Hegel sobre la relación del amor y lo jurídico, «[s]i una madre dijera que ama a su hijo porque la ley lo obliga a hacerlo, quedaríamos consternados. Hegel, en un texto de su juventud denominado Amor y propiedad en el año 2003 explora la idea de que la regulación jurídica de ciertas relaciones humanas como el matrimonio se ve enfrentada al peligro de destruir los valores que se consideran apropiados a esas relaciones humanas».⁴⁴²

Sin embargo, aun suponiendo que la tesis de De la Hoz es correcta, habría que radicalizar la separación entre la fraternidad, el amor, la libertad y lo normativo, entendiendo por normativo toda expectativa de estabilización de la realidad, sea jurídica, ética, moral, política así como toda forma de conocimiento.

Siendo así, si ningún modelo normativo puede ser el correlato de la libertad, entendida ésta como ausencia de condicionamiento, y que da lugar a una relación espontánea de fraternidad, ¿qué papel puede cumplir el derecho al respecto? Desde luego que el derecho proveniente del Estado no puede cumplir un rol relevante en este punto, puesto que este derecho supone concepciones políticas en competencia y pugna, situación contraria a un estado de fraternidad y libertad del que hemos venido hablando. En estricto rigor, ningún tipo de derecho puede cumplir un rol al respecto, puesto que el derecho nace cuando la libertad falla, esto es, dado que el ser humano no conoce la libertad, se ha creado el derecho, no como respuesta a la falta de libertad, sino como síntoma de la falta de ella.

Ahora bien, si el derecho es un síntoma de la falta de libertad, ¿podría el derecho cumplir algún rol en el proceso de aprendizaje hacia la libertad?, creemos que sí, primero, abdicando poco a poco de las regulaciones substantivas, puesto que ellas dan lugar a luchas por modelos y abstracciones teóricas que sólo sirven de fundamento para la identidad psicológica, y segundo, abriendo la posibilidad para que las personas concretas tengan un papel en la autorregulación de sus espacios comunes. Pero, esta autorregulación todavía no es libertad, puesto que los individuos seguirán actuando conforme al patrón de la individualidad, y pretenderán imponer soluciones normativas abstractas sobre lo concreto de sus espacios comunes. Sin embargo, si no se les entrega la facultad, jamás emprenderán el camino del aprendizaje hacia la libertad, como relación espontánea y fraterna entre

⁴⁴² De la Hoz Alfaro, José Ignacio, «Conflicto entre el derecho de propiedad y los derechos sociales: una propuesta de solución libertaria», 193.

personas, y por otro lado, jamás emprenderán este camino, si las soluciones provienen desde afuera, por medio de una conversación hecha por otros, desde una entidad abstracta y simbólica llamada Estado.

La conversación entre las personas, para ser fluida y poder ser caracterizada de totalmente libre, debe suponer el abandono de las ideas preconcebidas de cualquier tipo que ésta sea, para acudir al llamado de lo concreto de la situación, de la radical particularidad de caso, y una vez llegado al acuerdo o a la solución, también nos despejamos de ella para atender a la particularidad del caso que sigue, sin identificaciones de ninguna especie, sin idealizaciones metafísicas o científicas.

En alguna medida, esto nos acerca más a la *phronesis* aristotélica, que al razonamiento científico propio de la modernidad. Habermas nos aclara la diferencia entre una y otra en su Discurso filosófico de la modernidad; «La capacidad de la filosofía práctica es *phronesis*, una sabia comprensión de la situación; *phronesis* sobre la que se apoya la tradición de la política clásica, desde la *prudentia* de Cicerón hasta la *prudence* de Burke. Hobbes, en cambio, quiere crear el mismo la política con vistas al conocimiento de la esencia de la justicia, a saber, leyes y pactos. Ciertamente, esta afirmación sigue el ideal cognoscitivo contemporáneo de las nuevas ciencias de la naturaleza: que sólo conocemos un objeto, en la medida en que lo podemos producir».⁴⁴³ El modelo de la *prudentia*, es lo más similar a lo que hemos tratado de apuntar en estos párrafos, esto es, un tipo de conversación que no busca imponer ideas preconcebidas y defender cosmovisiones generales o reglas absolutas acerca de las cosas, vistas no desde lo concreto, sino ya esquematizadas según las reglas generales que se les pretende aplicar. Para esto se requiere una gran visión, una renuncia a la razón y a la ideología, y una renuncia a las conclusiones, la conversación requiere de una relación en que nadie se encuentra, psicológicamente, en posición epistemológica superior a otro para ver directamente la especificidad de lo concreto, y determinar la acción correcta en este de nivel de concreción y particularidad. Esta relación de igualdad en la conversación, es la libertad. La libertad *individual* contradice la espontaneidad de una conversación de este tipo, puesto que el individuo, en nombre de la *idea* de libertad, ejercita opiniones abstractas sobre situaciones también abstractas, se identifica con ellas y las convierte en parte de su personalidad. En este punto, no queda en buena posición para

⁴⁴³ Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, 50.

entrar, con libertad, en una conversación en que se investiga en conjunto, sin preocupación ni identificación con un resultado específico, la acción correcta de un instante concreto. Como podemos ver, la libertad a la que hacemos referencia en este punto, no dice relación con el concepto de libertad que ha venido trabajando la tradición filosófica.

Ahora bien, cuando decimos que la idea de conversación en libertad se acerca más a la idea de *phronesis* y no a la idea de conocimiento o ciencia, lo decimos sólo para marcar un punto de referencia, pues lo cierto es que también esto va más allá de la *phronesis*. Citaremos otro pasaje de Habermas sobre la *phronesis* aristotélica para marcar esta distinción;

«Vico se mantiene en la distinción aristotélica de la diferencia entre ciencia y sabiduría, entre *episteme* y *phronesis* mientras que aquella apunta a “verdades eternas”, y desea realizar afirmaciones sobre lo ente que es constantemente y con necesidad tal y como es, la sabiduría práctica sólo tiene que ver con lo “probable”». Vico muestra como esta forma de proceder –precisamente posee una pretensión desde un punto de vista teórico- conduce en la praxis a una mayor certeza. Remite a las realizaciones de la retórica, que se sirve sobre todo de la capacidad de la *phronesis* y del modo de proceder tópico: “De los oradores se requiere sobre todo que, en los aprietos en la discusión, que no permite ni demoras ni acuerdos, estén en condiciones de prestar ayuda instantáneamente. Pero si uno expone a nuestras cabezas críticas algo dudoso, entonces responden: déjame meditar sobre ello...”⁴⁴⁴

En este punto podemos ver que la *phronesis* está asociada a la retórica, y la retórica, a su vez, está asociada con argumentos y contra-argumentos para hacer o deshacer un punto. De ello se deriva que existan *aprietos en discusiones*, y que existan personas que estén en una posición superior para llevar a cabo esta retórica, como los *oradores*. Nada de esto dice relación con la *conversación en libertad*, pues si hay aprietos en una discusión y alguien se identifica con la posición de orador, es porque hay punto preconcebido que se intenta demostrar o destruir. La conversación en libertad se caracteriza por entrar a lo concreto del asunto, sin puntos ni ideas, sin necesidad de llegar a un resultado ni, por lo tanto, llevar a cabo un despliegue argumentativo para acercar a la otra persona a un resultado, al resultado

⁴⁴⁴ Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, 53.

querido por nosotros. La *conversación en libertad* prescinde de todo eso, pues entra en lo concreto de la situación, aceptando las observaciones de los demás, como si fueran las de uno mismo.

Por esta razón, si bien la teoría deliberativa habermasiana nos prestaba un buen servicio en un cierto punto, puesto que nos permitía hacer la bajada desde la deliberación política propiamente tal, hasta la conversación concreta en los subsistemas sociales diferenciados, aún a ese talante deliberativo le falta la otra dimensión, la de la conversación en libertad, puesto que la deliberación habermasiana está aún anclada en la disputa de concepciones, de pretensiones de validez que debo defender mediante argumentos. Todo ello lo podemos verificar en esta pasaje de su facticidad y validez; «El empleo del lenguaje orientado al entendimiento, del que depende la acción comunicativa, funciona del siguiente modo: los participantes a través de la validez que pretenden para sus actos de habla, o bien se ponen de acuerdo, o bien constatan disentimientos que en el curso posterior de la interacción de los participantes tienen en cuenta de común acuerdo. Con todo acto de habla se entablan pretensiones de validez susceptibles de crítica, que se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo. La oferta que representa un acto de habla se torna efectiva en lo que a coordinación se refiere porque el hablante con su pretensión de validez, asumen también, *uno actu*, de forma suficientemente fiable, la garantía de que, en caso necesario, pueda desempeñar su pretensión con la clase correcta de razones».⁴⁴⁵

Por ello, quizás, sólo quizás, si llevamos la deliberación al terreno de lo concreto, alejado de la abstracción de la lucha de las concepciones políticas, podemos hacer que dicha deliberación se contagie con la concreción del espacio particularizado que se pretende regular, y se vuelva ella también en contra de dichas abstracciones que siempre están preconcebidas. Así, la autorregulación regulada opera como una fuente de aprendizaje para la conversación en libertad, sin ser ella todavía la conversación en libertad, pues, el modelo deliberativo heredado de la tradición deliberativa, puede ser también un vehículo de aprendizaje para la conversación en libertad.

Cuando decimos que la autorregulación reglada no es todavía la *conversación en libertad*, nos hacemos cargo de la crítica que algunos autores hacen respecto de las supuestas

⁴⁴⁵ Jürgen Habermas. *Facticidad y Validez, sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, 80.

bondades de la autorregulación reglada, los cuales ponen en tela de juicio del argumento de la autonomía social para su propia regulación; así, según Darnaculleta i Gardella señala; «desde diversos estudios filosóficos se argumenta a favor de la importancia de la autorreflexión de los individuos y de las organizaciones privadas; su responsabilidad en el ejercicio de su actividad cotidiana, y su responsabilidad en el ejercicio de su actividad genera con relación a ciertos bienes o valores que, coinciden, a su vez, con valores o principios constitucionales. A pesar de ser éste, pues, un dato digno de tomar en consideración, nada obliga a tomarlo como un elemento consustancial a la autorregulación. Si concurre efectivamente, tendrán razón aquellos autores que defienden la innecesariedad del Derecho y de las instituciones jurídicas allí donde la sociedad es capaz de dotarse espontáneamente de normas que permiten satisfacer los mismos fines que los perseguidos por el ordenamiento jurídico.

No compartimos, sin embargo, una visión tan optimista de las bondades de la sociedad y de los individuos. Tampoco el Derecho demuestra una confianza ciega en la autorregulación al punto de confiarlo la satisfacción de ciertos fines públicos.»⁴⁴⁶

Compartimos la visión de Darnaculleta i Gardella, en relación a las dudas que plantea sobre la verdadera capacidad de los subsistemas sociales diferenciados para su autorregulación. En efecto, también pensamos que la sociedad y los individuos que la componen, no están suficientemente preparados para producir su propia regulación, no por falta de conocimiento o preparación técnica, sino por la falta de capacidad de escuchar y conversar. Pero eso no significa, que deba simplemente rechazarse su autorregulación y reemplazarla por una hetero-regulación coercitiva tradicional, sino que desde el Derecho producir las estructuras deliberativas correspondientes, para que los individuos puedan escucharse entre sí, y producir su autorregulación en libertad. Por lo tanto, desde el Derecho se puede producir el aprendizaje que nos pueda llevar a no seguir dependiendo del Derecho para solucionar nuestros conflictos. Esto es de una importancia radical, puesto que si aprendo a no seguir dependiendo del Derecho, significa que he aprendido a no depender de estructuras externas a mi propio subsistema, por lo tanto, tengo la claridad suficiente para ejercer mi autonomía. Si no tengo claridad suficiente para ejercer mi autonomía, entonces eso deriva forzosamente en conflicto, y ello a su vez hace necesario referencias o poderes

⁴⁴⁶ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 341.

externos que lo hagan cesar simbólicamente, como el Derecho. Por lo tanto, la existencia del Derecho es un síntoma de mi falta de claridad para ejercer mi autonomía, dicho más concretamente, el Derecho es parte del movimiento de la falta de claridad para ejercer mi autonomía.

Por lo tanto, la falta de capacidad de los subsistemas para su producir su propio orden espontáneo, y el Derecho que trata de suplir esa falta, forman parte del mismo fenómeno. Por ello, insistir en la hetero-regulación coercitiva del Estado, es perpetuar la falta de capacidad de los subsistemas para producir su propio orden espontáneo. Por eso la afirmación de Darnaculleta i Gardella confunde los niveles, cuando dice «Tampoco el Derecho demuestra una confianza ciega en la autorregulación al punto de confiarle la satisfacción de ciertos fines públicos».⁴⁴⁷ Es evidente que el Derecho no demuestra una confianza ciega, precisamente, porque el Derecho nace de la desconfianza de unos hacia otros. En este punto podemos recordar a Hobbes, si no hubiera desconfianza, simplemente el Derecho no tendría razón de ser, en lo absoluto. Concretamente, es evidente que el Derecho no demuestra confianza, porque el Derecho es la desconfianza. Para comenzar a producir confianza lo que debe ocurrir, entre otras muchas cosas, es que ese movimiento de desconfianza que el Derecho es, comience a retroceder, a producir un espacio en que la conversación en libertad, que reposa sobre la confianza y que a su vez produce confianza, pueda, poco a poco, ser aprendida.

Por lo tanto, parece ser recomendable en este punto una vía media, en virtud del cual el Derecho, luego de retroceder en la regulación sustantiva de orden social, establezca al mismo tiempo estructuras procedimentales que nos permitan el aprendizaje hacia la conversación en libertad, que a su vez nos permita ejercer nuestra autonomía de la manera adecuada.

4. Normatividad reflexiva y Derecho del Trabajo;

Un sistema de autorregulación reglada no es algo completamente nuevo en el caso del Derecho del Trabajo, el propio Gunther Teubner reconoce que el caso de la negociación colectiva tiene ciertas reminiscencias del modelo de «normatividad reflexiva», en cuanto

⁴⁴⁷ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 341.

establece procedimientos de tomas de decisión, pero sin que el derecho influya decisivamente en el contenido de esa decisión;

«El derecho del trabajo está, con respecto a la negociación colectiva, caracterizado hasta un cierto punto por una técnica de control más abstracta en la que podemos reconocer un potencial reflexivo. La regulación legal de la negociación colectiva opera principalmente dando forma a la organización de la negociación colectiva, definiendo sus normas procedimentales, o limitando o expandiendo las competencias de los actores colectivos. El derecho intenta equilibrar el poder de negociación, pero así controla sólo indirectamente los resultados específicos».⁴⁴⁸

En efecto, el derecho del trabajo regula los procedimientos de dicha toma de decisión, sin establecer derechamente cuál es el contenido específico que debe tener dicha decisión. Así, para Darnaculleta i Gardella, «[l]a negociación colectiva, entendida como la negociación entre sindicatos y representantes empresariales en orden a la determinación de las condiciones de trabajo, posee también, como los casos mencionados con anterioridad, una clara vocación reguladora. La jurisprudencia califica este tipo de negociación como de “autorregulación colectiva”».⁴⁴⁹

En particular, el derecho del trabajo chileno debe cumplir con las normas internacionales sobre libertad sindical, establecidos en los convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Los principios de la libertad sindical tienen por objeto fortalecer la posición del sindicato en relación a la empresa, otorgándole autonomía en su constitución, funcionamiento y organización respecto de la empresa, y trata de implementar condiciones de igualdad para establecer condiciones de trabajo y de remuneración, a través del progresivo equilibrio de las posiciones de poder. En la última reforma al modelo de negociación colectiva chilena, través de la Ley N° 20.940, de 2017, el legislador ha renunciado a regular una serie de aspectos que normalmente tiende a regular de manera directa, entregándoles al proceso de negociación colectiva su determinación y regulación. Así, el artículo 306 inciso 2° del Código del Trabajo señala que «Las negociaciones podrán

⁴⁴⁸ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 137.

⁴⁴⁹ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 288.

incluir acuerdos para la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares, el ejercicio de la corresponsabilidad parental, planes de igualdad de oportunidades y equidad de género en la empresa, acciones positivas para corregir situaciones de desigualdad, acuerdos para la capacitación y reconversión productiva de los trabajadores, constitución y mantenimiento de servicios de bienestar, mecanismos de solución de controversias, entre otros.». Adicionalmente, entrega al proceso de negociación colectiva, la regulación de «pactos sobre condiciones especiales de trabajo», que regulan la jornada de manera diferente a las normas generales del Código del Trabajo, de acuerdo a ciertas condiciones especiales reguladas en el artículo 374 y siguientes. Todos estos elementos dan cuenta de una forma primigenia de «normatividad reflexiva» al interior del derecho del trabajo chileno, en virtud del cual el legislador le entrega cada vez más aspectos a regular de acuerdo a un procedimiento establecido en la ley, pero sin determinar taxativamente la decisión de los involucrados en el proceso de negociación.

Ahora bien, para que este sistema de normatividad reflexiva funcione correctamente, la propia Ley debe establecer un procedimiento que equilibre las relaciones de poder al interior de dicho subsistema, en palabras de Teubner; «Una solución para el derecho es desarrollar dentro de sí mismo estructuras reflexivas que puedan compensar el desequilibrio de poder e información y de esta manera complementar la operación de los sistemas descentralizados mediante modos de lógica legal compensatoria».⁴⁵⁰ Tal como señalábamos en el párrafo anterior, esa es la función que cumple el principio de libertad sindical, que estructura el procedimiento de negociación colectiva propiamente tal, calificando de desleal o antisindical cualquier actividad del empleador en orden a entorpecer el normal funcionamiento de la negociación colectiva o del sindicato, respectivamente.

Algunos autores, críticos del sistema de negociación colectiva, plantean la necesidad de un mayor reconocimiento del principio de libertad sindical al interior de la legislación chilena, pues a su modo de entender, la legislación laboral no parece querer compensar el desequilibrio de poder e información entre el empleador y la parte laboral (sindicato), estableciendo severas limitaciones a la huelga, limitaciones a los niveles de la negociación colectiva, a las materias de negociación, etc.⁴⁵¹ En parte, la Ley N° 20.940, de 2017, ha

⁴⁵⁰ Bourdieu y Teubner, *La Fuerza...*, 138.

⁴⁵¹ Eduardo Caamaño Rojo y José Luis Ugarte Cataldo. *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 110 pp.

tratado de dar respuesta a estas críticas, y compensar en mayor grado el desequilibrio de poder negociador entre ambas partes, acercándose cada vez más a un proceso de autorregulación reglada, que efectivamente establezca los mecanismos para que las decisiones al interior de este subsistema social, sea comprensiva de todas las perspectivas al interior de dicho subsistema. Aun así, es fácil ver como a pesar de sus defectos, el modelo de negociación colectiva en el derecho del trabajo se encamina hacia un modelo de «normatividad reflexiva», como el del teórico Gunther Teubner, es más, el derecho del trabajo es material de cultivo para una masificación de instituciones que poseen similitudes al modelo de autorregulación reglada, como podría ser el caso, por ejemplo, de un protocolo de investigación de acoso sexual, acoso laboral; política interna de promoción de la igualdad para la mujer trabajadora, y en lo que respecta a esta tesis, un modelo de gestión para la prevención de los riesgos laborales. Lo anterior es así por cuanto, en los primeros dos casos (acoso sexual; acoso laboral), se crea una instancia para que la empresa pueda resolver el conflicto internamente, pero de manera abierta y transparente hacia los trabajadores, estableciendo la normativa laboral la manera en que debe producirse la investigación, y los tipos de sanciones que pueden ejecutarse. En el caso de igualdad de remuneraciones, la normativa laboral establece un principio general respecto de la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, pero es el empleador el que debe establecer los protocolos específicos para que trabajadores puedan reclamar cuando consideren que dicho principio no se ha respetado, y en general, el curso de acción que tomará la empresa para dar eficacia al principio de igualdad de remuneraciones.

En efecto, se pueden encontrar ejemplos en la legislación comparada, de métodos de solución de conflictos basados en un modelo autocompositivo, en vez del modelo tradicional heterocompositivo. Así, en la legislación brasileña se establece un modelo de mediación de conflictos colectivos, en virtud de los cuales la solución no es precisamente dirimir el conflicto tomando una decisión autoritativa, sino entregando los términos de la solución a las partes envueltas en el conflicto. Así, según la doctrina comparada, el éxito de un proceso de mediación no depende de la efectiva solución del caso, sino de que las partes hayan encontrado una vía de diálogo, en miras hacia una solución definitiva del conflicto. De esa manera, según la autora brasileña Fabiana Marion Spengler;

«Es interesante señalar que una mediación que ha terminado debido a la pérdida del objeto de litigio (reconciliación, por ejemplo) o porque se ha vuelto improductiva (y por lo tanto inviable) no es, necesariamente, una mediación que ha tenido éxito. Cualquier procedimiento de mediación es exitoso si, a pesar de que no existe consenso, las personas puedan retomar el diálogo interrumpido, demostrando, a partir de las sesiones, condiciones de comunicarse de manera más armónica»⁴⁵²

Por lo tanto, el éxito del modelo de mediación es la recuperación del diálogo, no la imposición autoritativa de una solución,⁴⁵³ basada en una norma abstracta y universal, interpretada de acuerdo a criterios científicos y técnicos que las partes no comprenden, pues no pertenecen a ese subsistema social diferenciado que es el derecho y la administración de justicia, o si lo comprenden, de todas formas el conflicto pierde su facticidad y pasa a convertirse en una mera lucha conceptual, en que las condiciones del conflicto son enmascaradas ante la necesidad de ajustar hechos a hipótesis normativas. Lo que quita reflexividad al diálogo, es la necesidad de plantear el conflicto a través de universales éticos, en vez de investigar el problema de manera libre, partiendo de las bases concretas en que se desarrolla.

Estas características pueden predicarse también de la denominada justicia restaurativa; «La justicia restaurativa es, en primer lugar, una justicia reparadora siempre y cuando el concepto de reparación se entienda en sentido amplio. No se trata de reparar el daño a la víctima, sino de forma más comprehensiva la totalidad de los efectos negativos que produce la conducta en la comunidad, grupo social o corporación en la que se ha cometido el delito [...] Esta forma de entender la reparación lo conecta con el segundo de los rasgos esenciales de la justicia restaurativa: que se trata de una justicia comunitaria. Su pretensión

⁴⁵² Fabiana Marion Spengler, *Mediação de conflitos: da teoria à prática* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017).

⁴⁵³ Estas características pueden predicarse también de la denominada justicia restaurativa; ver Adán Nieto Martín, «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa». En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores), *Autorregulación y Sanciones*. (España: Thomson Reuters, Aranzadi, 2015), 102; «La actividad de la administración no iría encaminada tanto a descubrir al infractor y a sancionar, sino a buscar la cooperación y la complicidad de la persona que no ha cumplido con la ley, con el fin de ayudarla a corregir los defectos que la han llevado a infringir una norma».

es devolver el conflicto a la comunidad, para que ésta sea la que le encuentra la solución al caso». ⁴⁵⁴

Desde luego que los ejemplos señalados en esta parte, relativos a la negociación y a la mediación procesal de conflictos colectivos, si bien poseen un potencial reflexivo, no son exactamente lo que Teubner plantea como modelo de «autorregulación reglada». Un proceso de mediación no está hecho necesariamente para que las partes autorregulen sus interrelaciones hacia el futuro, sino llegar a un acuerdo en un punto específico, el cual se agota en el momento en que el objeto del acuerdo desaparece. La razón de por qué se mencionan esos ejemplos, es porque en el telón de fondo de los ejemplos dados y el modelo de autorregulación reglada son los mismos, nadie está en una posición epistemológica superior a las partes mismas para resolver el conflicto, por eso es importante que el involucrado en el mismo, comience a generar las condiciones para la solución, en vez de depender de la decisión de una autoridad.

La incorporación en la legislación de sistemas con características cada vez más autocompositivas y menos heterocompositivas, devuelve la solución del conflicto al involucrado, entregando al mismo tiempo herramientas para que las partes puedan comprender la naturaleza del conflicto, comprender la importancia del diálogo en la solución de las diferencias, y comprender al mismo tiempo que una solución definitiva del conflicto no proviene de la solución autoritativa imparcial establecida por un tercero ajeno, sino aquel que nace de las bases mismas del origen de conflicto. Dichos sistemas de mediación reglada, producen la oportunidad de que la ciudadanía se haga cargo del conflicto originado por sí mismo, y acabe al mismo tiempo con la justificación hobbesiana de la solución autoritativa ajena, como único medio de acabar con la guerra de todos contra todos.

Con ello, además, se lidia con otro problema, el relativo al hecho que las partes presentan al juez una representación esquemática y abstracta del conflicto, al cual el juez trata de brindar una solución que también es esquemática y abstracta. La abstracción en este punto es doble. El esquema y la abstracción suponen la fijeza del conflicto, obviando que el conflicto en la práctica va cambiando, y que requieren un nuevo punto de vista para

⁴⁵⁴ Adán Nieto Martín, «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa», 122-123.

abordarlo, punto de vista que le corresponde adoptar a las partes, pues la regla jurídica los conmina a un punto fijo de solución. Así, para Mather e Yngvesson;

«El presupuesto fundamental de nuestro punto de vista es que el conflicto no es un evento estático que simplemente ocurre, sino que la estructura de los conflictos, desacuerdos y ofensas, incluyen cambios y transformaciones en el tiempo. Las transformaciones ocurren porque los participantes en el conflicto tienen diferentes intereses en el conflicto, así como diferentes perspectivas acerca del mismo» (traducción de la autora).⁴⁵⁵

Sólo si las partes tienen la palabra en el proceso, podrán entender su papel en el origen del conflicto como en su solución, papel que nunca comprenderán si se mantiene un modelo simbólico de solución, en donde se traducen las diferencias concretas de las partes, en un lenguaje técnico, cerrado, profesionalizante y elitista. Al contrario, para la doctrina comparada, «[c]omo nota distintiva de otros métodos de tratamiento de conflictos, el diferencial de la mediación consiste en promover la integración entre los litigantes en busca de la solución de su conflicto, en comparación con las soluciones impositivas que caracterizan los modelos no consensuados».⁴⁵⁶

Ahora bien, el modelo de prevención de riesgos laborales no es un modelo autocompositivo, pues no hay en estricto rigor un conflicto que resolver, sino determinar estándares de cuidado que deben ser acordados por el propio empleador, en consulta con los trabajadores. No es exactamente la misma política, pero está basado en la misma lógica; el modelo de la regulación heterocompositiva no ayuda a la solución del conflicto, sino que solo lo da por terminado de manera simbólica, así como tampoco puede por sí misma crear estándares de debido cuidado frente a los riesgos laborales, sino que estos deben nacer de los propios involucrados. Para ello, es necesario un sistema de autorregulación reglada, en

⁴⁵⁵ Lynn Mather and Barbara Ingvesson, «Language, audience, and the transformation on disputes», *Law and Society Review* 15 (1981): 776; «An Assumption fundamental to our approach is that a dispute is not a static event which simply “happens”, but the structure of disputes, squarrels and offenses includes *changes* and *transformations* over time. Transformations occur because participants in the disputing process have different interests in and perspectives on the dispute».

⁴⁵⁶ Fabiana Marion Spengler y Márcio Dutra Da Costa, «La mediación procesal de conflictos colectivos en la justicia del trabajo brasileña». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 10 (2019): 41-62. doi:10.5354/0719-7551.2019.53755.

virtud del cual el empleador en consulta con los trabajadores, crea su propio modelo de prevención, sin perjuicio de que siempre habrá un sistema de responsabilidad civil a posteriori, que asigna responsabilidades y un sistema de regulación administrativa que establezca los riesgos que deben evitarse y que fiscalice la efectiva instauración de un modelo de prevención de riesgos, pero dicha regulación heterónoma no puede por sí sola crear estándares reales de prevención de riesgos. En palabras de Darnaculleta i Gardella, «[a]nte un modelo de sociedad acostumbrada a esperararlo todo del Estado, parece que se impone una nueva cultura de la responsabilidad social. Más en concreto, la responsabilidad de los particulares en la función de garantía de la seguridad debe ser exigida allí donde con ellos lo que generan los riesgos que deben ser evitados por el Estado. En otras palabras, la responsabilidad social es exigible allí donde ciertos subsistemas sociales -la ciencia, la industria o el mercado- son los principales causantes de los problemas que debe resolver el Estado, y son, al mismo tiempo, quienes están en posesión de los medios para evitar tales problemas».⁴⁵⁷ Al respecto prosigue Darnaculleta i Gardella; «simultáneamente, y debido al fuerte impulso de la Unión Europea, se va imponiendo la tendencia hacia la autorregulación. Esto es, se atribuye la responsabilidad directa o inmediata de la gestión de los riesgos a los sujetos privados que los generan -preferentemente las empresas- y permite que tales sujetos trasladen esta responsabilidad, a su vez, a otros sujetos privados, concedores de las técnicas que pueden minimizarlos».⁴⁵⁸

También la complejidad técnica organizativa de las empresas,⁴⁵⁹ hace aconsejable un sistema de autorregulación regulada.⁴⁶⁰ Así, para Darnaculleta i Gardella; «[e]l incremento de la complejidad técnica y organizativa de las empresas pone de manifiesto la necesidad

⁴⁵⁷ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 99.

⁴⁵⁸ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 136.

⁴⁵⁹ Aunque este argumento es contradicho por Maroto Calatayud, Manuel, «Liberalismo vs Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes», 83-84; «Sobre los argumentos tecnocráticos suelen recaer críticas similares a las vertidas sobre el autonomista. En primer lugar, la hipótesis de la torpeza regulatoria o la debilidad del Estado es puesta bajo sospecha por quienes la consideran más una premisa ideológica que una realidad constatada, o en todo caso como el efecto reflexivo de la hegemonía del pensamiento y las políticas neoliberales durante las últimas décadas. En segundo, la distinción entre decisiones técnicas y políticas puede no ser tan clara como pretenden los expertos, incluso en ámbitos altamente técnicos sometidos a un proceso de constante innovación».

⁴⁶⁰ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 300; «conducen a que se fomente la autorregulación, en segundo lugar la mayor proximidad, flexibilidad y adaptabilidad de la autorregulación a la necesidades y a las transformaciones del sector regulado, que contrastan con las limitaciones de la regulación en estos frentes. Esto es especialmente relevante en el campo de las nuevas tecnologías».

de establecer sistemas coherentes de autorregulación que permitan controlar los riesgos tecnológicos generados por los propios procesos de producción, e imponer a los empleados el cumplimiento de los objetivos marcados por la propiedad y por la dirección, de acuerdo con los criterios y técnicas más adecuados». ⁴⁶¹

Existen otros modelos de autorregulación que se circunscriben en el modelo del derecho responsivo, cuyos principales exponentes son Ian Ayres y John Braithwaite, ⁴⁶² el cual incluye diversos mecanismos para lograr que el regulado cumpla con las normas regulatorias. ⁴⁶³ Este modelo, en palabras de José Esteve Pardo, «no responde tanto al impulso desregulador, como a la contraria pretensión del legislador y los poderes públicos de ofrecer una regulación más rigurosa, vertical, adentrándose en el núcleo crucial y más complejo de que se trate». ⁴⁶⁴ Dentro de estos mecanismos está la autorregulación. En efecto, la autorregulación «[d]icho con mayor precisión, es una nueva técnica o instrumento que las normas jurídico-públicas, a través de numerosas remisiones a la autorregulación, ponen en manos de la Administración para administrar los fines que ésta tiene encomendados. Así, en puridad, las manifestaciones de este fenómeno con relevancia jurídica responden a la extensión de la expresión “autorregulación regulada”, de acuerdo con el uso de la misma propuesto en este trabajo». ⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 73-74.

⁴⁶² Maroto Calatayud, Manuel, «Liberalismo vs Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes», 91; «Para los partidarios de la teoría del nuevo Estado regulador, las entidades privadas pueden interactuar dentro de un marco regulatorio para alcanzar fines públicos, pero no en base a criterios estrictamente tecnocráticos, sino por una pluralidad de factores entre los que se incluyen los tres que hemos reseñado. El principal mérito de las teorías acerca del nuevo Estado regulador es, de hecho, que pretenden aunar en una misma disciplina –la de la regulación–, el derecho, la economía, la política y la filosofía. El proyecto teórico de Braithwaite aspira a ser una auténtica teoría general de la regulación en una sociedad de organizaciones, capaz de superar las contradicciones entre el nuevo contexto social y la ideología de la democracia liberal a través de la resurrección de las ideas republicanas de la sociedad».

⁴⁶³ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 87; «Esta nueva técnica de regulación está dirigida, no ya directamente al objeto regulado, sino a los sujetos privados que, mediante la autorregulación, inciden directa y mucho más intensamente en dicho objeto. La autorregulación comporta una notable elevación del grado de concreción de las normas aplicables a un sector y permite un notable aumento, tanto del número de controles que puede realizarse como de su intensidad. Es por ello que puede afirmarse que la supervivencia administrativa de la autorregulación permite una intervención mucho más intensa en el sector dominado por la autorregulación».

⁴⁶⁴ Ver por ejemplo; José Esteve Pardo, Prólogo a *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada...*, 11.

⁴⁶⁵ Ver por ejemplo; José Esteve Pardo, Prólogo a *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada...*, 24.

La autorregulación reglada, propuesta con miras al cumplimiento de objetivos por parte del Estado,⁴⁶⁶ nace también como una forma de legitimación del poder administrativo, el cual hasta ese momento se encontraba en entredicho. En efecto, según Darnaculleta i Gardella; «autores no dudan en afirmar que lo que está en crisis es el modelo clásico de legitimidad-legalidad de la Administración, en lo que se ha basado tradicionalmente el Derecho Administrativo. De acuerdo con este criterio tradicional, lo que atribuye legitimidad a la Administración es su sometimiento al principio de legalidad. [...]. Sin embargo, la consideración de la Administración como promotora del cambio social y su creciente intervencionismo, impiden seguir sosteniendo que se mantienen en la actualidad las características de la Administración antes descritas. Con ello, la legitimidad formal de la administración, debe completarse con criterios materiales de legitimación».⁴⁶⁷ Dichos criterios materiales de legitimación derivan de las modalidades de actuación administrativa, en que la administración hace participar al administrado de la toma de decisiones, siendo una de dichas modalidades, alguna de la variantes de autorregulación regulada.⁴⁶⁸

El primero de los mecanismos que se insertan en el modelo del derecho responsivo suponen que el cumplimiento de las regulaciones no dependa solamente de las penas y de los castigos asociados al incumplimiento, sino antes que nada en la posibilidad de persuadir al regulado sobre la justicia y conveniencia de la regulación.⁴⁶⁹ Es, sin duda, una buena forma

⁴⁶⁶ María Mercé Darnaculleta i Gardella, «La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea». En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores). *Autorregulación y Sanciones*. (España: Thomson Reuters; Aranzadi, 2015) 58; «Es en este contexto donde surge el discurso de la “better regulation”, que aboga, entre otras medidas tendentes a la reducción de las normas y controles públicos, por utilizar instrumentalmente la autorregulación para la consecución de fines públicos».

⁴⁶⁷ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 60.

⁴⁶⁸ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 61; «la búsqueda de legitimidad de la Administración a través de la aceptación de sus decisiones ha conllevado una notable proliferación de instrumentos ya conocidos, como la participación de los ciudadanos en los procedimientos y en los órganos administrativos. Pero también ha supuesto la introducción de nuevas formas de actuación, entre las que destacan las tres siguientes: el impulso de la actividad convencional, que permite condicionar el ejercicio de determinadas potestades administrativas al contenido de los acuerdos adoptados entre la Administración y los destinatarios de tales potestades; el desarrollo de la actividad administrativa informal, que deriva del reconocimiento doctrinal de una serie de prácticas administrativas de negociación, al margen de los cauces previstos legalmente; y la introducción de la mediación y el arbitraje en materia propiamente administrativas, cuya virtualidad práctica se encuentra todavía en fase de prueba».

⁴⁶⁹ La persuasión se aconseja frente a las meras sanciones por incumplimiento, para lograr la cooperación por parte de las empresas; ver Nieto Martín, Adán «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa», 117; «La actitud defensiva o no cooperativa de las empresas suele generar una cadena de recursos y procesos, en lo que la empresa tiende por todos los medios a negar su responsabilidad más que a mejorarla. En este contexto además la empresa cuestiona la legitimidad de legitimidad de la agencia y su competencia técnica, en cuanto que la contempla como un estorbo para el desarrollo de su actividad».

para hacer que el regulado no vea las normas abstractas que se imponen como algo ajeno a sí mismo, sino que haya podido internalizar la persuasión mediante por parte del regulador. Eso sí, el castigo siempre aparece como medida de última ratio. De esta manera, para Ayres y Braithwaite; «no se puede desarrollar una política orientada al cumplimiento de la regulación, a menos que se comprenda el hecho de que los hombres de negocios están fuertemente motivados por hacer dinero, y a veces están fuertemente motivados por un sentido de responsabilidad social. El, entonces, rechaza una estrategia regulatoria basada totalmente en la persuasión y una estrategia basada totalmente en el castigo. El concluye que los actores de negocios se aprovechan de las estrategias de persuasión y de autorregulación cuando están motivados por la racionalidad económica. Pero una estrategia basada mayormente en el castigo puede socavar la buena voluntad de los actores cuando están motivados por un sentido de responsabilidad» (traducción de la autora).⁴⁷⁰ Así entonces, si hay personas orientadas hacia el entendimiento, entonces la estrategia de la persuasión es la adecuada para ellos, apareciendo la estrategia del castigo como exagerada e impertinente respecto de un regulado motivado por la responsabilidad social, el cual podría mirar el fenómeno regulatorio con resentimiento y desconfianza si está basado únicamente en el castigo. Por otro lado, respecto de aquellos regulados no orientados hacia el entendimiento la estrategia de la persuasión aparece como insípida e ineficiente, si no está reforzada, como telón de fondo, con la posibilidad de sanciones. Por lo tanto, debe establecerse una sinergia entre el castigo y la persuasión; «El truco de una regulación exitosa es establecer una sinergia entre el castigo y la persuasión. La estrategia del castigo asegura la estrategia de la persuasión como algo a lo que deberíamos atender. La persuasión legitima el castigo como algo razonable, justo, e inclusive como algo de lo que podría derivar remordimiento o arrepentimiento» (traducción de la autora).⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Ian Ayres and John Braithwaite, *Responsive Regulation* (New York; Oxford: Oxford University Press, 1992), 24; «So, Braithwaite conclude in *To Punish or Persuade* that you could not develop a sound regulatory enforcement policy unless you understood the fact that sometimes business actors were powerfully motivated by making money and sometimes they are powerfully motivated by a sense of social responsibility. He, therefore, ejected a regulatory strategy based totally on persuasion and a strategy based totally on punishment. He concluded that bussines actors will exploit a strategy of persuasión and self-regulation when they are motivated by economic rationality. But a strategy based mostly in punishment will undermine the good will of actors when they are motivated by a sense of responsibility».

⁴⁷¹ Ayres and Braithwaite, *Responsive Regulation*, 25-26; «The trick of succesful regulation is to establish a sinergy between punishment and persuasión. Strategic punishment underwrites regulatory persuasión as something that ought to be attented to. Persuasion legitimates punishment as reasonable, fair, and even something that might elicit remorse o repentance».

El modelo de la persuasión sugiere, entonces, la posibilidad de que el regulado pueda internalizar los fundamentos de la regulación, e instar por su cumplimiento de manera espontánea y no coercitiva. En buena medida, la concepción del derecho responsivo es una alternativa a la autorregulación reglada, si partimos de la base que el principal fundamento de este último sistema, es la incapacidad de la sociedad global de comunicar los fundamentos de sus regulaciones, entendiendo que el subsistema social diferenciado es indiferente respecto de aquellos. Una estrategia basada en la persuasión puede estrechar esta indiferencia, e instar por el cumplimiento espontáneo de las regulaciones, apelando a la tendencia hacia la responsabilidad social ya presente en el regulado. En algún sentido, el modelo del derecho responsivo también se basa, implícitamente, en la teoría sistémica, por cuanto si bien está orientado hacia un resultado específico -el cumplimiento de la regulación por parte del regulado- usa elementos ya presentes en el regulado para lograr el cumplimiento de la regulación, y así, dicho incumplimiento nace de él y no como respuesta a la sanción. Así, según Nieto Martín, «la autorregulación como técnica de intervención administrativa exige una nueva forma de plantear la inspección administrativa y las relaciones con los supervisados. En lugar del *command and control* se imponen estrategias más basadas en la creación de relaciones de confianza y colaboración».⁴⁷²

Sin embargo, dado que la sanción está aún implícita, es imposible que la sanción no cumpla alguna función en el mecanismo de persuasión, esto es, si bien la sanción es un mecanismo separado de la persuasión, también es parte implícita de esta misma estrategia; el regulado tiende hacia el cumplimiento de la regulación tanto por un sentido de responsabilidad social, como por temor a la sanción que él sabe es parte del cuadro general de la regulación. Así, para los estudiosos del derecho responsivo; «[e]l modelo de aplicación responsiva, en cambio, plantea, que los órganos reguladores con mejores resultados en la obtención de sus objetivos son aquellos capaces de efectuar un balance más sofisticado entre aquellos dos modelos, por lo tanto, la pregunta no es si alternativamente se debe castigar o persuadir, sino cuando hacerlo, lo que dependerá, entre otros aspectos a considerar, de las motivaciones de los regulados. Esto significa abrir un espacio para que el regulador pueda

⁴⁷² Adán Nieto Martín, «El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas). En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores), *Autorregulación y Sanciones*. (España: Thomson Reuters, Aranzadi, 2015), 350.

utilizar estrategias responsivas de “zanahoria y garrote” adoptando rutinas confrontacionales o indulgentes dependiendo de si el regulado coopera o no». ⁴⁷³ Por lo tanto, el derecho responsivo es un mecanismo orientado hacia el cumplimiento más sofisticado, en que se opta primero por la persuasión, pero se parte de la base, que el regulado estará más abierto a ser persuadido, si hay sanciones que respaldan el cumplimiento en caso de que la persuasión falle.

Otro mecanismo del derecho responsivo para asegurar el cumplimiento de la regulación por parte del regulado, es la autorregulación. Sin embargo, como se verá esta autorregulación no es enteramente autónoma sino que supone una negociación entre el Estado y cada sector regulado, por lo tanto, el Estado sigue teniendo una fuerte injerencia en las normas sustantivas objeto de la regulación. En efecto, para Ayres y Braithwaite; «[e]l modelo de autorregulación presentado en este capítulo, supone la negociación entre el Estado y empresas individuales, para establecer regulación que están particularizadas para cada firma. Cada empresa en una industria es requerida para proponer sus propios estándares regulatorios [...] la autorregulación es obligatoria en dos sentidos. Primero, la firma es requerida por el Estado para efectuar la autorregulación. Segundo, las reglas escritas privadamente, pueden hacerse coercitivas públicamente» (traducción de la autora). ⁴⁷⁴ Así entonces, el sector regulado propone una regulación, pero es el Estado quien visa estas regulaciones, de acuerdo a un sentido de completitud y de contemplación de derechos que el Estado supone, deben estar sustantivamente considerados.

Como puede verse, el modelo de derecho responsivo no es un modelo diferente a la heterorregulación proveniente de Estado, sólo que establece un mecanismo más sofisticado para lograr el cumplimiento por parte de los regulados. En el primer caso, establece la persuasión como etapa previa a la aplicación de sanciones, y de paso, internalizar los fundamentos de las regulaciones en los regulados. En el segundo caso, la estrategia para lograr el cumplimiento es aún más sofisticada, pues supone entregar en parte la facultad

⁴⁷³ Pablo Soto Delgado, «Sanciones administrativas como medida de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis* 22 (2016): 197-198.

⁴⁷⁴ Ayres and Braithwaite, *Responsive Regulation*, 101; «The enforced self-regulation model presented in this chapter is about a negotiation occurring between state and individual firms to establish regulation that are particularized to each firm. Each firm in an industry is required to propose its own regulatory standards [...] self-regulation is “enforced” in two senses. First, the firm is required by the state to do the self-regulation. Second, the privately written rules can be publicly enforced».

regulativa a los regulados, haciendo que éstos propongan sus propios estatutos regulativos, siendo el resultado final, negociado entre el sector regulado y el Estado. Este último caso es similar a la autorregulación reglada, pero posee diferencias importantes, en primer lugar, la facultad auto-regulativa posee ciertos límites, pues siempre el Estado puede solicitar la incorporación de tal o cual estatuto normativo, y el resultado final está sujeto a negociación o derechamente un visado por parte del Estado. Desde luego, la autorregulación da resultado sólo si el Estado encuentra en dicha regulación lo que esperaba encontrar desde un principio, en su propia hetero-regulación.

Dicha actitud es muy diferente a aquel en que el Estado vela para que al interior del subsistema social diferenciado, se respeten los procedimientos tendientes a que las partes involucradas establezcan las propias reglas que les son atingentes. Ciertamente es que en el caso de la participación de los trabajadores en la determinación de los riesgos laborales, de que trata esta tesis, está orientada al cumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales, que en nuestra legislación chilena estaría incorporada en el artículo 184 del Código del Trabajo, sin embargo, la determinación de los riesgos laborales es algo que corresponde a la empresa exclusivamente (entendiéndose empresa en sentido amplio, abarcando a empleador y trabajadores), pues ella es la que conoce los riesgos específicos a los que está expuesta, no el Estado.

Por otro lado, si la empresa no ha previsto correctamente un riesgo laboral, y ésta se ha verificado y ha producido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, entonces deviene la responsabilidad laboral del empleador. Esto tiene una gran semejanza con el modelo responsivo, por cuanto cede la regulación al regulado, pero posteriormente sanciona en caso de incumplimiento. No es precisamente una sanción, sino una indemnización reparatoria, aunque con eso, se podría señalar que el Estado indirectamente sanciona a la empresa por no regular un riesgo laboral debiendo haberlo regulado, y esto posee una gran semejanza con el derecho responsivo. Pero todavía se traza una diferencia, el Estado no visa la regulación que la empresa hace de los riesgos laborales a que está expuesta ella misma, porque el Estado no conoce ni puede conocer cuáles son los riesgos específicos, correspondiendo su discusión y conocimiento al subsistema social diferenciado que es la empresa.

A modo de paréntesis, debe especificarse que, en caso de que el lector tenga dudas, el subsistema social diferenciado al que apuntamos en esta tesis, corresponde a la empresa. Así, para Darnaculleta i Gardella; «[d]esde un punto de vista sociológico, puede identificarse en las empresas la existencia de un subsistema social diferenciado. Ello quiere decir, en primer lugar, que la empresa es una organización con una elevada capacidad de autorregulación. La autorregulación técnica, entendida, en este caso, como la instauración voluntaria de pautas técnicas de producción y organización de la actividad empresarial, así como la certificación y el control de la aplicación de tales pautas, constituye un rasgo propio e inherente a la gestión empresarial».⁴⁷⁵

Por lo visto entonces, se pueden trazar dos tipos de fundamentos para la autorregulación reglada, el cumplimiento de los fines del Estado y la necesidad de otorgar autonomía a los subsistemas sociales diferenciados ante la falta de legitimidad del Estado para regular dichos espacios concretos. Así, para Darnaculleta y Gardella, «frente a conceptos programáticos tales como pérdida de soberanía, desregulación, privatización, desburocratización o adelgazamiento del Estado, se alce con fuerza la bandera de la autorregulación. Esta bandera es enarbolada, naturalmente, por aquellos que ponen en duda la capacidad reguladora del Estado y del Derecho, y que abogan por una reducción de la intervención estatal y una consiguiente ampliación del ámbito de actuación a las fuerzas sociales. Pero también es vista con buenos ojos por quienes ven en la autorregulación una estrategia de regulación estatal que busca aprovechar al máximo los recursos que ofrece la sociedad».⁴⁷⁶ Por lo tanto, son dos tipos de fundamentos que en cierto nivel, son contradictorios entre sí.⁴⁷⁷

Así, según Darnaculleta i Gardella, existen al menos cuatro formas de autorregulación, a) autorregulación asignada; «[e]llo ocurre cuando una colectividad, una industria o una profesión, por ejemplo, es requerida o designada por el gobierno para formular y hacer

⁴⁷⁵ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 141.

⁴⁷⁶ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 79.

⁴⁷⁷ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, «La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea», 71-72; «La doctrina continental europea –y, en particular, la doctrina alemana- aunque ha incorporado también diversos aspectos de la tradición anglosajona, articula su discurso en torno a la teoría de la dirección y recoge también la aportaciones de la sociología jurídica sobre el derecho reflexivo. Con carácter general, sin embargo, la doctrina jurídica alemana no acepta que la expansión actual de la autorregulación conduzca a una revitalización del pluralismo jurídico, en los términos expuestos por Gunther Teubner. Esta idea, en cambio, parece seducir especialmente a la doctrina anglosajona, que no duda en sostener que estamos asistiendo a un proceso de descentralización de la regulación».

cumplir normas dentro del marco definido normativamente, normalmente en términos amplios»⁴⁷⁸; b) autorregulación sancionada; ««[e]sta variante tiene lugar cuando una colectividad o un grupo se autorregula y el contenido de tal regulación está sujeta a la aprobación posterior del gobierno»⁴⁷⁹; c) autorregulación forzada; «[e]n esta tercera manifestación de la autorregulación, muy común en el sector industrial, son las empresas quienes formulan y se imponen a sí mismas determinadas normas, Sin embargo, esta autorregulación no surge de forma espontánea, sino que es una respuesta a determinados estímulos o amenazas del gobierno»⁴⁸⁰; d) autorregulación voluntaria; «[e]n este caso el Estado no está involucrado, ni directa ni indirectamente, en la promoción o mandato de la autorregulación».⁴⁸¹

En el caso de los riesgos laborales, el modelo corresponde al signado en la letra c), denominado modelo del *self enforcement* o *self enforcement regulation*.⁴⁸² Conforme a este modelo, «los convenios colectivos, [...] o los planes de prevención de riesgos laborales [...] son perfectamente legítimos, en cuanto que combinan participación de terceros (organizaciones sindicales, representantes de trabajadores) e intervención de la administración».⁴⁸³ Como decíamos, si bien la fundamentación de una autorregulación de este tipo, dice relación con el cumplimiento de finalidades públicas por parte del Estado, esta tesis se centra en una fundamentación distinta, de tipo democrático, en que se aboga por descentralizar la producción normativa desde el Estado a los subsistemas sociales diferenciados, en este caso, la empresa.

⁴⁷⁸ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 326.

⁴⁷⁹ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 326.

⁴⁸⁰ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 326.

⁴⁸¹ Darnaculleta i Gardella, María Mercé, *Autorregulación y Derecho Público...*, 326.

⁴⁸² Nieto Martín, Adán «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa», 107.

⁴⁸³ Nieto Martín, Adán «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa», 107.

CAPITULO IV: «El deber de seguridad del empleador en el derecho de la Unión Europea y el derecho español»

Este capítulo tiene como objetivo hacer un estudio comparado del deber de seguridad del empleador en el derecho español, lo que vendrá contextualizado con el derecho de la Unión Europea, atendida la integración de España a dicho acuerdo regional.

Se buscará indagar en el origen de la regulación que tiene hoy España, con énfasis en los elementos o factores que se han utilizado para dotar de contenido al deber de seguridad y si en ello ha tenido influencia el principio preventivo. Buscaremos conocer cómo en España se gestiona el riesgo de infortunios laborales desde el sistema normativo.

El análisis se inicia en la segunda mitad del siglo veinte, porque antes de esa data la situación en España fue la misma que registra hoy Chile y que hemos referido en el Capítulo I. La principal directiva comunitaria que incide en la materia objeto de nuestro estudio es del año 1989, y una vez transpuesta al derecho español generó cambios importantes en la legislación española. En este proceso, según veremos, fue escasa la influencia de la OIT y sus convenios relacionados.

1. Genealogía del marco normativo europeo y español en materia de seguridad y salud en el trabajo

1.1 El Derecho Europeo

El antecedente de la legislación comunitaria europea en lo relacionado con el deber de seguridad del empleador y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, se encuentra en la Carta Social Europea de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989.⁴⁸⁴

La Carta Social Europea fue ratificada por España con fecha 29 de abril de 1980. En su Parte II se establece que «Las partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en los artículos y párrafos siguientes:

Artículo 3. Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo.

⁴⁸⁴ Sin perjuicio de que las obligaciones de higiene y seguridad se remontan inclusive al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ver Alfredo Pérez Alencart, *El derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo* (Madrid: Editorial Tecnos, 1993), 33

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A promulgar reglamentos de seguridad e higiene. 2. A tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos. 3. A consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo.⁴⁸⁵

Más tarde sería aprobada la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo Europeo, de 12 de junio de 1989, sobre aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el lugar de trabajo⁴⁸⁶. Esta directiva es la más significativa pues contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención de riesgos laborales comunitaria⁴⁸⁷.

El 9 de diciembre del mismo año 1989 se aprobó la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, por los países miembros de la Unión Europea. Sobre la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, establece en el numeral 9 que “todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades propias de cada país».

España demoró seis años en transponer a su derecho interno y lo hizo a través de la Ley Nº31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (L.P.R.L.); este retardo hizo que España fuese condenada por Sentencia de 26 de septiembre de 1996 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades por falta de transposición de determinadas directivas específicas (caso C-79/95).⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 32.

⁴⁸⁶ Con anterioridad a la aprobación del Acta Única Europea, que para un sector de la doctrina marca la segunda gran etapa de la evolución normativa de la Comunidad Europea en materia de seguridad y salud, se habían aprobado algunas directivas de carácter técnico y alcance limitado, entre las que destaca la Directiva 80/1107/CEE, de 27 de noviembre de 1980, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.

⁴⁸⁷ La labor inicial de la Comunidad Europea en materia de política social se llevó a cabo a través de los denominados programas de acción social, que marcan el comienzo de la política social comunitaria. Su primer exponente se sitúa en el Programa de Acción Social de 21 de enero de 1974, al que seguirán sucesivos programas hasta llegar al actualmente en vigor, el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 (COM(2014) 332 final).

⁴⁸⁸ Antonio Sempere Navarro y Miguel Cardenal Carro, *Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa* (Madrid: Editorial Mapfre, 2000), 21.

La transposición de la Directiva Marco al derecho español enfrentó críticas en su momento, llegando a acusarle de confundir *transposición* con *traducción*,⁴⁸⁹ o de limitarse el legislador a reproducir el tenor literal de la Directiva.⁴⁹⁰

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) en sus artículos 136 y 137.4 establecía que las normas protectoras de la seguridad y salud en el trabajo deben inspirarse en la idea de la equiparación por la vía del progreso, y «no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el presente Tratado».⁴⁹¹

Es efectivo que España no innovó estableciendo medidas más estrictas al transponer la Directiva Marco, lo que puede explicarse por la dispersa legislación que hasta ese momento tenía internamente, siendo la transposición una oportunidad para comenzar a ordenarla.

Para comprender el modelo español, es preciso mencionar previamente que puede advertirse un doble tipo de sistemas normativos de prevención de riesgos laborales en Europa antes de la Directiva Marco: el meridional y el septentrional.

El meridional entendía la seguridad e higiene como una actividad fundamentalmente sanitaria, basada en la actuación médica de examen de los trabajadores, centrada en su idoneidad para el trabajo y en los efectos que la actividad laboral desarrollada van produciendo en su organismo; en coherencia con este planteamiento, la estructura principal de prevención había estado radicada en los servicios médicos de empresa. Su actuación no dejaba de ser preventiva, pero sin una neta diferenciación con la reparación en muchos aspectos.

A su turno, el septentrional, también llamado «modelo centroeuropeo» se ha centrado más en los accidentes del trabajo, lo que exige un modo de actuar radicalmente diferente, basado en la lucha frente a las expectativas de daños para la salud, es decir, indagar sobre aquellos factores que se supone que pueden producir daños.⁴⁹²

La Directiva Marco siguió más bien el modelo centroeuropeo, regulando por ejemplo los servicios de prevención, estándar que en España resultaba complejo de implementar dado

⁴⁸⁹ Sempere y Cardenal, *Transposición...*, 22.

⁴⁹⁰ Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», en *Revista Tribuna Social*, España, n.º 73 (1997), 7.

⁴⁹¹ Sempere y Cardenal, *Transposición...*, 23.

⁴⁹² Sempere y Cardenal, *Transposición...*, 25.

su marcado acento en el modelo meridional. Y ahí un segundo motivo para la transposición más formal que real de esta normativa, cuyos inconvenientes iniciales se describen por la dogmática no solo como de orden normativo.⁴⁹³

Su principal contenido es la pormenorizada regulación que lleva a cabo de la condición de deudor de seguridad del empresario, y hace recaer todo un conjunto de obligaciones y principios que perfilan esta deuda de seguridad:⁴⁹⁴ 1. Obligación general de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, 2. Obligación de constituir servicios de protección y prevención, 3. Obligaciones en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios, evacuación de los trabajadores y supuestos de riesgo grave e inminente, 4. Obligaciones en materia de información, 5. Obligaciones en materia de consulta y participación⁴⁹⁵, y 6. Obligaciones en materia de formación de los trabajadores.

Destacamos las siguientes normas específicas que contienen este deber de seguridad en la Directiva Marco⁴⁹⁶:

⁴⁹³ Para Pérez de los Cobos, «La directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», en *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica*, España, n.º 8, (1991): 1262; el que la Directiva Marco no obligara a reformas revolucionarias en España no fue fruto de una óptima situación en materia de seguridad y salud en el trabajo. Antes al contrario, derivó del hecho de que las carencias no han sido solo normativas sino que surgen de una multiplicidad de factores económicos, institucionales y culturales, probablemente más difíciles de atajar.

⁴⁹⁴ Pérez de los Cobos, «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», 8.

⁴⁹⁵ Tal como indica Pérez de los Cobos, «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», 12, por primera vez se articula en el Derecho Comunitario un procedimiento de participación de los trabajadores.

⁴⁹⁶ La Directiva Marco trata en forma separada las obligaciones de los trabajadores en el artículo 13: “1. Competerá a cada trabajador velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por las de las demás personas afectadas, a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones de su empresario. 2. A fin de realizar dichos objetivos, los trabajadores con arreglo a su formación y a las instrucciones de su empresario, deberán en particular: a) utilizar correctamente las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y otros medios; b) utilizar correctamente el equipo de protección individual puesto a su disposición y, después de su utilización, colocarlo en su sitio; c) no poner fuera de funcionamiento, ni cambiar o desplazar arbitrariamente los correspondientes dispositivos de seguridad de las máquinas, aparatos, herramientas, instalaciones y edificios, y utilizar tales dispositivos de seguridad correctamente; d) indicar inmediatamente al empresario y /o a los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, toda situación laboral que, por un motivo razonable, consideren que entraña un peligro grave e inminente para la seguridad y la salud, así como todo defecto que se haya comprobado en los sistemas de protección; e) contribuir, de conformidad con los usos nacionales y durante el tiempo que fuere necesario, junto con el empresario y/ o los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, a que puedan cumplirse todas las tareas o exigencias impuestas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo; f) contribuir, de conformidad con los usos nacionales y durante el tiempo que fuese necesario, junto con el empresario y/o los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y

- En el artículo 1: «1. El objeto de la presente Directiva es la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. 2. A tal efecto, la presente Directiva incluye principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación de los factores de riesgo y accidente, la información, la consulta, la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y /o los usos nacionales, la formación de los trabajadores y de sus representantes, así como las líneas generales para la aplicación de dichos principios.

- En el artículo 5 señala, en lo pertinente a las obligaciones del empresario: Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo; las obligaciones de los trabajadores en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo no afectarán al principio de la responsabilidad del empresario; la Directiva no obstaculizará la facultad de los Estados miembros para establecer la exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada.

- En el artículo 6 destinado a las obligaciones generales de los empresarios establece: «1. En el marco de sus responsabilidades, el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización y de medios necesarios. El empresario deberá velar para que se adapten estas medidas a fin de tener en cuenta el cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones existentes.»

- El mismo artículo 6 numeral 2, establece los siguientes principios generales de prevención: a) evitar los riesgos; b) evaluar los riesgos que no se puedan evitar; c) combatir los riesgos en su origen; d) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud. e) tener

de la salud de los trabajadores, a que el empresario pueda garantizar que el medio y las condiciones de trabajo sean seguros y no presenten riesgos para la seguridad y la salud dentro de su ámbito de actividad.”

en cuenta la evolución de la técnica; f) sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro; g) planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; h) adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual; i) dar las debidas instrucciones a los trabajadores».

- Agrega en el numeral 3 el artículo 6: «3. Sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva, el empresario deberá, habida cuenta el tipo de actividades de la empresa y / o del establecimiento: a) evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, incluso en lo que se refiere a la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y en el acondicionamiento de los lugares de trabajo. Tras dicha evaluación, y en tanto sea necesario, las actividades de prevención así como los métodos de trabajo y de producción aplicados por el empresario deberán : — garantizar un mayor nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores; — integrarse en el conjunto de actividades de la empresa y /o del establecimiento y en todos los niveles jerárquicos; b) cuando confíe tareas a un trabajador, tomar en consideración las capacidades profesionales de dicho trabajador en materia de seguridad y de salud; c) procurar que la planificación y la introducción de nuevas tecnologías sean objeto de consultas con los trabajadores y/o sus representantes, por lo que se refiere a las consecuencias para la seguridad y la salud de los trabajadores, relacionadas con la elección de los equipos, el acondicionamiento de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo; d) adoptar las medidas adecuadas para que sólo los trabajadores que hayan recibido información adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico».

- En el artículo 11 relativo a participación y consulta de los trabajadores, establece la directiva: «1. Los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y permitirán su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo. Ello implica: — la consulta de los trabajadores; — el derecho de los trabajadores y/o de sus representantes a formular propuestas; — la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y / o los usos nacionales.

- El artículo 12 relativo a formación de los trabajadores, establece: «1. El empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y de salud y, en particular en forma de informaciones e

instrucciones, con motivo de: — su contratación, — una mutación o cambio de función, — la introducción o cambio de un equipo de trabajo, — la introducción de una nueva tecnología, y específicamente centrada en su puesto de trabajo o en su función. Dicha formación deberá: — adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos, y — repetirse periódicamente si fuera necesario».

Comentarios sobre las normas que hemos referido:

Un aspecto fundamental de la Directiva Marco, suficientemente resaltado por la doctrina, es la caracterización de la responsabilidad del empresario, como una obligación general de garantizar la seguridad y salud de todos los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo⁴⁹⁷. En el ámbito de esta obligación general de seguridad del empresario, la Directiva Marco incorpora elementos de dinamicidad⁴⁹⁸ que impedirán la obsolescencia de la protección dispensada, ya que debe adaptar las medidas que haya adoptado al «cambio de las circunstancias» procurando «la mejora de las situaciones existentes», y se impone al empresario un papel activo frente a la evolución de los riesgos. Se expresará como una obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, y configura la salud como una variable dependiente de la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, la evolución tecnológica, las relaciones sociales, el ambiente, la repetitividad y la monotonía, en síntesis, del modelo de relaciones industriales en la empresa, lo que viene a hacer entender tal obligación de seguridad con un carácter activo, abierto y móvil que exige al empresario su actualización y cualificación respecto al conocimiento de los avances científicos y tecnológicos en la identificación y evaluación de riesgos y en el conocimiento de la capacidad de los trabajadores en materia de salud y seguridad.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ María Antonia Castro Argüelles, «Seguridad y Salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE y directivas complementarias)», en *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España (2005): 397.

⁴⁹⁸ Pérez de los Cobos, «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», 9.

⁴⁹⁹ Elías González-Posada Martínez, «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo: la Directiva 83/391/CEE», en *Revista Actualidad Laboral*. España, n.º 3 (1991): 395.

Esta dinamicidad en la conformación normativa de la obligación va a impedir la obsolescencia de la protección que dispensa y tiene dos elementos⁵⁰⁰: la obligación del artículo 6.1.2 del empresario de adaptar las medidas preventivas al cambio de circunstancias,⁵⁰¹ y el juego de los principios contenidos en el artículo 6.2, a los que deberá conformarse el empresario cuando adopte medidas de protección de seguridad y salud de los trabajadores, albergando la Directiva Marco una dimensión preventiva destacable, pues en la medida que se extraigan mayores virtualidades de la misma, las intervenciones ex post – que son siempre constatación de un fracaso – se harán innecesarias. Así, el estándar de protección que en la Directiva Marco se consagra es el de las mejores condiciones de salud y seguridad que permita el desarrollo técnico y el empresario está obligado a adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar que el trabajo se desenvuelve en las mejores condiciones posibles de seguridad y salud.⁵⁰² El costo económico que ello signifique no es un motivo justificado para no adoptar tales medidas según veremos.

- Algunos sostienen que el carácter general de la Directiva Marco le resta eficacia⁵⁰³, desde que no es posible su aplicación directa en los ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Unión Europea. Las Directivas más casuísticas, frecuentes en materia de prevención de riesgos laborales, sí admiten su aplicación directa⁵⁰⁴, aunque esta es sui generis; su incumplimiento no genera en el trabajador perjudicado derechos indemnizatorios frente al empresario infractor sino, en su caso, frente al Estado que incumplió su deber de incorporar la Directiva al Derecho interno.

⁵⁰⁰ Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, «La directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», en *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica*, España, n.º 8, (1991): 1227.

⁵⁰¹ Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 92.

⁵⁰² Pérez de los Cobos, «La directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», 1228.

⁵⁰³ Tomás Sala Franco y otros, *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, 9ª Edición, (España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2014), 115-128.

⁵⁰⁴ La Directiva, como se sabe, no es una norma con eficacia directa, pues exige la labor de transposición de los Estados miembros. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea les reconoce en algunos casos un efecto directo al objeto de proteger los derechos de los particulares. Así, ha indicado que una directiva tendrá efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas, y si el país en cuestión no ha transpuesto la directiva en el plazo establecido al efecto. Sin embargo, el efecto directo solo es predicable de las relaciones entre el Estado y los particulares (efecto directo vertical) pero no en las relaciones entre particulares (efecto directo horizontal).

En lo relacionado con el alcance de la obligación de seguridad del empresario, surgen dos temas interesantes: el del principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible y el del estándar de diligencia exigible al empleador:

1.1.1 Acerca del principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible:

En la Directiva Marco se ha destacado la introducción del principio de máxima seguridad tecnológicamente factible en detrimento del tradicional principio de la seguridad razonablemente factible.⁵⁰⁵

Anteriormente, Directivas como la 86/188/CEE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición de ruido durante el trabajo, o la 89/392/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros sobre máquinas, habían optado por el principio de la seguridad razonablemente factible. Ello se debía a que estas Directivas tenían su base en el artículo 100 (a 100 A) del Tratado de la Comunidad Económica Europea ⁵⁰⁶, que tiene como objetivo primordial garantizar la libre circulación de mercancías y, en menor medida, la seguridad y salud de las personas.

Sin embargo, la Directiva Marco fue adoptada en virtud del artículo 118-A del Tratado de la Unión, que persigue garantizar un nivel elevado de protección de la seguridad y salud en el trabajo. Este precepto fue añadido al Tratado Constitutivo por el Acta Única y establece que “los Estados miembros procurarán promover la mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito”; para contribuir a la consecución de ese objetivo el artículo 118 A.2 del Tratado estableció que el Consejo adoptará mediante Directivas las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse

⁵⁰⁵ Rodríguez Sanz de Galdeano, «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», en *Revista de Derecho Social*, España, n.º 39 (2007): 115-117.

⁵⁰⁶ Artículo 100: «El Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común». Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957.

progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros y la organización de consultas.⁵⁰⁷

La opción por el principio de la seguridad razonablemente factible fue objeto de debates entre los países de la Unión, pues hubo dos posturas, la de los países continentales y el Reino Unido e Irlanda. Mientras la mayoría de los países continentales abogaban por consagrar el principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible, el Reino Unido e Irlanda defendían el mantenimiento del tradicional principio de la seguridad razonablemente posible. Advertían estos países que, en sistemas como el suyo, basados en el common law, los jueces no disponen de margen interpretativo para adaptar la aplicación de un principio tan riguroso como el de la máxima seguridad tecnológicamente factible a las circunstancias de cada caso. Consideraban, por ello, que el citado principio podía llevar a soluciones excesivamente rígidas en la práctica.

Finalmente la Directiva Marco recogió el principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible y en el apartado 1 del artículo 5, en términos amplios y sin limitaciones de tipo económico, impuso al empresario la obligación de «garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo». Además, en el considerando decimotercero, la Directiva Marco señala que «la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no podrá subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico».

No obstante, y atendiendo las objeciones del Reino Unido, se introdujo el apartado 4 en el artículo 5, que permite a los Estados miembros exonerar de responsabilidad al empresario «por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada». Por lo tanto, aunque no se permitió limitar la obligación de seguridad en atención al costo de las medidas de seguridad, sí que se aclaró que del citado artículo no se derivaba una responsabilidad automática por accidentes derivados de circunstancias ajenas e imprevisibles, salvo que expresamente lo establecieran las legislaciones internas.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ Castro Argüelles, «Seguridad y Salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE y directivas complementarias)», 394, 395.

⁵⁰⁸ El Reino Unido mantuvo el artículo 2 de la Health and Safety at Work Act de 1974, en virtud del cual el empresario solo responderá penalmente en la medida de lo razonablemente factible. No todo incumplimiento

1.1.2 El estándar de diligencia exigible al empleador

En lo relacionado con el estándar de diligencia exigible al empleador conforme a la Directiva Marco⁵⁰⁹, el artículo 5 obliga al empresario a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. Esta formulación es estricta, porque se exige la garantía de la seguridad en el trabajo y no simplemente hacer todo lo posible para conseguirla, y constituye uno de los argumentos de los partidarios de calificar la obligación de seguridad como obligación de resultado. Por su parte, los defensores de la consideración de la obligación de seguridad como obligación de medios argumentan, en defensa de su posición, que entender la obligación preventiva como obligación de resultado conlleva imponer al empresario un imposible, ya que no se puede garantizar un ambiente de trabajo exento de todo tipo de riesgos. Esta distinción sería simplista, porque ya sea una obligación de medios o de resultado, no basta con la prueba de que no se ha cumplido la obligación sino que además dicho incumplimiento ha de ser imputable.

Pérez de los Cobos estimó inicialmente que la obligación general de seguridad del empresario contenida en la Directiva Marco es una obligación general de seguridad de carácter abierto, haciendo hincapié en la vis preventiva, más factores de dinamicidad; y en la conjunción de estos elementos calificaba a la obligación de seguridad del empresario como una obligación de resultado.⁵¹⁰

de la obligación general de seguridad en los términos exigidos por la Directiva Marco va acompañado de la oportuna responsabilidad. Así, no existirá responsabilidad penal cuando el empresario haya hecho todo lo razonablemente factible para eliminar los riesgos. Si no ha existido daño tampoco deberá hacer frente a responsabilidad de carácter civil. Los tribunales británicos están utilizando también en el ámbito civil el estándar de lo razonablemente factible para determinar si ha existido o no negligencia. Por ello, en los supuestos en los que el empresario no ha incumplido ninguna obligación concreta de seguridad y ha actuado de acuerdo a lo razonablemente factible, tampoco será considerado responsable civilmente y ello aunque la tecnología disponible le permitiese actuar de un modo más seguro. Esto ha llevado a alterar el modelo de gestión del riesgo en la Directiva Marco, porque los tribunales del Reino Unido consideran que el empresario no ha incumplido su obligación de seguridad si, a pesar de no adoptar todas las medidas para eliminar los riesgos debido a su elevado costo, informó adecuadamente a los trabajadores de los riesgos existentes. Rodríguez Sanz de Galdeano, «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», 124. Véase Vogel L., “The reasonably practicable clause”, HESA newsletter, número 32. Marzo pp. 16 y ss.

⁵⁰⁹ Rodríguez Sanz de Galdeano, «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», 119-126.

⁵¹⁰ Pérez de los Cobos, «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», 9.

Para Rodríguez Sanz de Galdeano, la Directiva Marco no parece que imponga al empresario la obligación, prácticamente imposible, de garantizar la seguridad absoluta, sino de garantizar un ambiente de trabajo seguro de acuerdo con lo que el legislador comunitario ha calificado como ambiente de trabajo seguro, esto es, cuando se hayan evitado y eliminado los riesgos y cuando frente a los riesgos subsistentes se hayan adoptado las medidas de protección oportunas en el orden especificado por el artículo 6 de la Directiva. En consecuencia, no impone garantizar una seguridad absoluta en el trabajo sino que admite la subsistencia de ciertos riesgos siempre que no se hayan podido detectar o eliminar en el origen. El modelo de gestión exigido prefiere la eliminación de riesgos en el origen a la adopción de medidas de protección y antepone la protección colectiva a la individual; no sería seguro un lugar de trabajo en el que se han adoptado medidas de protección frente a riesgos que podían ser eliminados o cuando se hayan adoptado medidas de protección individual antes que colectivas. Y en todo caso, se debe reconocer que la Directiva obliga a garantizar la seguridad de los trabajadores con independencia del costo económico de las medidas de seguridad que fuera necesario adoptar.⁵¹¹

Del modo que la Directiva Marco define la obligación de seguridad se extrae además el estándar de diligencia exigible al empresario. No sería necesario recurrir a la idea del «buen empresario», sino que de la propia obligación se deduce que el empresario diligente es aquel que está informado de los usos de la técnica y que los pone en práctica para evaluar los riesgos del trabajo, evitarlos y adoptar las medidas de protección frente a los riesgos subsistentes.⁵¹²

En definitiva, la Directiva Marco recoge con toda claridad el principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible, con independencia del costo económico y entrega al empresario la obligación de conocer los usos de la técnica y a ponerlos en práctica, de un modo dinámico, que no es otra cosa que un proceso de mejora continua.⁵¹³

⁵¹¹ Rodríguez Sanz de Galdeano, «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», 120-121.

⁵¹² Rodríguez Sanz de Galdeano, «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible», 121.

⁵¹³ Europa hoy cuenta con la Directiva Marco que hemos referido y un número importante de Directivas específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo. En este contexto regulatorio que aparece más o menos completo, se ha planteado cierto vacío en la regulación de la protección de los derechos laborales inherentes, con motivo del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional; la Directiva 96/71 exige a los Estados Miembros que verifiquen el cumplimiento de la normativa interna en lo referido a la prevención de riesgos laborales, siendo la regla que la *lex contractu* cede

1.1.3 Influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en las normas de la Unión Europea sobre Seguridad y Salud en el Trabajo:

La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo en los ordenamientos de los Estados miembros y en la actividad normativa de las Comunidades Europeas ha sido unánimemente admitida por la doctrina, aun cuando en la regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores ha supuesto una gradual disminución de ratificaciones por los Estados miembros de convenios de la OIT en materia de seguridad y salud en el trabajo.⁵¹⁴

Las causas de este retroceso en el nivel de aceptación de las disposiciones internacionales por los Estados miembros de la Unión Europea son principalmente de carácter general, no relacionadas solo con aspectos específicos de la seguridad y salud en el trabajo.

No obstante, numerosas voces dentro de la Unión Europea reclaman la defensa de una ratificación generalizada de los Convenios fundamentales de la OIT y, en particular, antes de la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁵¹⁵ abogaban por la incorporación al Derecho comunitario de un catálogo de derechos fundamentales de los ciudadanos a partir de la valiosa ayuda que podían ofrecer los Convenios de la OIT; Convenios entre los que, en el ámbito de la seguridad y salud ocupacional tendrían un papel relevante los Convenios 115 sobre protección contra las radiaciones, 139 sobre el cáncer profesional, 148 sobre el medio ambiente de trabajo

temporalmente ante la *lex loci laboris temporalis*, regla que tiene una excepción importante: la aplicación de la legislación del Estado de destino cede ante una legislación de origen más favorable o más protectora. Más allá de esta regla, no se han establecido mecanismos para establecer un *ius puniendi* supranacional. Un derecho comunitario eficiente exigiría que las instituciones comunitarias pudieran vigilar el cumplimiento de las normas comunitarias por sus destinatarios finales, en este caso los empresarios; sin embargo, los mecanismos de colaboración administrativa comunitarios entre Estados no resultan eficientes y/o efectivos. No hay un sistema armonizado de infracciones y sanciones, ni un sistema armonizado de procedimiento sancionador, ni siquiera modelos heterogéneos de inspecciones nacionales del Trabajo. En la transnacionalización de la economía se pierden márgenes de tutela de derechos de seguridad y salud en el trabajo; la globalización económica resulta ser perfecta, ante la eliminación de obstáculos (jurídicos y materiales) a la libre circulación de bienes, servicios y trabajadores, pero no lo es en la vigilancia del cumplimiento de las normas protectoras.

⁵¹⁴ Ferrán Camas Roda, *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo* (España: Tirant Lo Blanch: 2003), 247-277.

⁵¹⁵ La Carta en su versión original fue proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y reformada el 12 de diciembre de 2007, convirtiéndose en jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009.

(contaminación del aire, ruido y vibraciones), 155 seguridad y salud de los trabajadores y 161 sobre los servicios de salud en el trabajo⁵¹⁶. A esta selección debiera agregarse el Convenio 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.⁵¹⁷

España ha ratificado estos convenios, con excepción del N°139 y N°161. Con todo, parecen no ser prioritarios, prevaleciendo la influencia que desde la Unión Europea existe respecto del marco regulatorio de la seguridad y salud en el trabajo.

1.2. La normativa española

1.2.1. Previsiones de la Constitución Española

La importancia de explorar en las normas constitucionales en que descansa la protección de la seguridad y salud en el trabajo queda de manifiesto en lo que plantea Manuel Palomeque López⁵¹⁸: «La preocupación histórica de los trabajadores asalariados, así como la reivindicación permanente de las organizaciones en defensa de sus intereses, se ha construido en torno a la consecución de tres objetivos principales: la suficiencia salarial, la limitación de los tiempos de trabajo y la seguridad en las condiciones materiales de la prestación del mismo. Ya sea por la propia naturaleza de la actividad productiva o las características de la singular ocupación o tipo de trabajo contractualmente asumido por el trabajador, en ocasiones de ejecución particularmente arriesgada, ya por las condiciones del lugar donde se realiza el trabajo, o en fin, como consecuencia de la presencia de una gama plural de elementos externos a la prestación laboral que, sin embargo, condicionan su desarrollo, no es infrecuente que con la cesión contractual al empresario de los resultados de la propia actividad laboral, el trabajador arriesgue al mismo tiempo y en variable medida su propia integridad física. Trabajo y riesgo profesional están fatídicamente condenados a cohabitar en el desarrollo de la relación laboral».

Esta preocupación debiera estar presente en las acciones de los Estados y no solo desde la perspectiva de la regulación de las relaciones entre privados, como es la que se encuentra

⁵¹⁶ Camas Roda, *La normativa internacional...*, 247-277.

⁵¹⁷ Lo que produjo una internacionalización de la problemática de higiene y seguridad; Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 30.

⁵¹⁸ Manuel Carlos Palomeque López, «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», en *Revista Actualidad Laboral*, España n.º 1 (1992), 37-38.

en las normas laborales a propósito del deber de seguridad del empleador en muchos países latinoamericanos.⁵¹⁹

El proceso de globalización económica ocurrido desde la segunda mitad del siglo veinte ha planteado la cuestión del crecimiento económico sin atender de manera adecuada a la forma en que el trabajo se realiza, lo que en un contexto más general ha sido planteado por la dogmática hace ya varios años. Norbert Lechner por ejemplo, con su pregunta acerca de la compatibilidad entre la modernidad y la modernización como desafío para las democracias latinoamericanas.⁵²⁰ Zigmund Bauman también a propósito de la modernidad, ha sostenido que la disolución de los sólidos condujo a una progresiva emancipación de la economía de sus tradicionales ataduras políticas, éticas y culturales, sedimentó un nuevo orden definido primariamente en términos económicos.⁵²¹

De ahí la importancia de consagrar en los textos constitucionales de los países, los derechos fundamentales relacionados a la seguridad y salud en el trabajo, pues se otorga de esa manera un derecho subjetivo a los particulares respecto al Estado, que debe ejecutar acciones concretas dentro de las políticas sociales y también ofrecer un marco regulatorio adecuado, más allá de pretender una autoejecutabilidad de los preceptos constitucionales en casos concretos de riesgo para la vida y la salud de los trabajadores, pues en este orden toca a la ley fijar las normas o estándares que habrán de exigirse.

La Constitución de España de 1978 contiene normas relacionadas con el deber de seguridad del empleador que se mantuvieron sin modificaciones luego de transponer España la Directiva Marco en el año 1995. Estas normas son:

⁵¹⁹ En Argentina, el artículo 75 de la Ley N°20.744 sobre Contrato de Trabajo. En Chile, el artículo 184 del Código del Trabajo. En Venezuela, el artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente.

⁵²⁰ Norbert Lechner, «Son compatibles modernidad y modernización? El desafío de la democracia latinoamericana», *Documento de trabajo programa Flacso – Chile*, n.º 440 (1990): 1,3; a propósito del que llamó el dilema de América Latina, distinguía entre modernización y modernidad. La modernización no es algo que podamos elegir o rechazar; ella representa el marco económico y cultural de nuestra época, es el desarrollo de la racionalidad instrumental, que contrapone al concepto de modernidad en tanto racionalidad normativa.

⁵²¹ Bauman retoma la expresión «derretir los sólidos» acuñada por los autores del Manifiesto Comunista, que estaba referida al tratamiento con que el espíritu moderno aludía a una sociedad estancada y resistente a los cambios ambicionados. Citando a Weber, expresa que la disolución de los sólidos significó desprenderse de las obligaciones irrelevantes, liberar la iniciativa comercial de los grilletes de las obligaciones domésticas y de la densa trama de los deberes éticos. Zigmund Bauman, *Modernidad líquida* (Argentina: Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión: 2004), 9-12.

- En el Capítulo Segundo, sección 1ª, denominada «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», el artículo 15 de la C.E. reconoce que “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».

- Dentro del Capítulo Tercero, titulado «De los principios rectores de la política social y económica», el artículo 40.2 de la C.E. establece que «los poderes públicos... velarán por la seguridad e higiene en el trabajo». El artículo 43.1 señala que «se reconoce el derecho a la protección de la salud». El artículo 43.2 consigna que «compete a los poderes políticos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios». Y el artículo 45.1 establece el derecho que «todos tienen... a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

No se establece, al menos directamente, un derecho del trabajador a disfrutar de un determinado nivel de seguridad o bienestar al trabajo, sino solo la obligación de los poderes públicos de velar por ello, pues la seguridad y salud en el trabajo aparece consagrada como principio rector de la política social y económica. Sin embargo, algunos han sostenido que el artículo 40.2 de la C.E. es la especificación de la tutela prevista en el artículo 43.1 con referencia al derecho a la protección a la salud de los trabajadores y que aun cuando falte desarrollo normativo, se trata de normas programáticas que deben informar las decisiones judiciales; el derecho a la protección a la salud y el compromiso constitucional de los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, constituyen principios orientadores de la efectividad del Estado que viene por ello obligado a realizar una tutela de la salud del ciudadano y más específicamente del trabajador.⁵²² De contrario, se ha sostenido que estos principios rectores de la política social y económica integran el nivel mínimo de la tutela constitucional, o garantía menos plena, en relación con el resto de los derechos sancionados por el título primero de la CE, en la medida en que su tutela jurisdiccional queda diferida al momento de la promulgación de las leyes de desarrollo y de acuerdo con sus propios términos.⁵²³

De otra parte, se ha dicho que la combinación de estos preceptos constitucionales, se deduce que el derecho a la protección de la salud laboral reconocido en la Constitución es

⁵²² González Ortega, “*La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución*”, 210-217.

⁵²³ Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª edición, 2005), 131.

un «derecho complejo», en parte absoluto —en lo que supone de tutela básica del derecho fundamental a la vida y a la integridad del trabajador como ciudadano (artículo 15 C.E.), y en parte relativo, modulable en términos políticos y jurídicos con la libertad empresarial de organización y las razones productivas— en lo que supone una superior protección integral de la salud del trabajador (artículos 40.2, 43.1 y 45.1 C.E.).⁵²⁴ En cuanto derecho relativo, posee un simple carácter programático, al encontrarse entre «los principios rectores de la política social y económica» (artículo 53.3 C.E.). En este último sentido, se aprecia la existencia de dos preceptos constitucionales distintos, referidos ambos a la salud de los trabajadores —uno, genérico, en cuanto ciudadano (artículo 43 C.E.), y otro, específico, en cuanto trabajador (artículo 40.2 C.E.)—, lo que significa fundamentalmente, un reforzamiento de la tutela establecida, esto es, «un plus de protección precisamente frente a intereses contrapuestos que no puede dejar de tener relevancia a la hora de analizar la composición constitucional de tal conflicto», en palabras de Santiago González Ortega. En cualquier caso, si bien el trabajador no tiene reconocido constitucionalmente un derecho subjetivo frente al Estado o frente a su empresario a la seguridad y salud laboral, debiendo esperar para ello a que los poderes públicos desarrollen este principio constitucional, la Constitución exige del Estado una política activa de protección del trabajador en materia de seguridad y salud laboral.⁵²⁵

Desde esta perspectiva, de la seguridad y salud laborales como un principio rector de la política social y económica, su acceso al texto constitucional no se produce a través del reconocimiento directo y expreso de un derecho, sino como un mandato de actividad dirigido a los poderes públicos, con el contenido programático que ello supone, y cumplen una función interpretativa, en la medida que constituyen una emanación del principio de Estado social y democrático de derecho, por lo que se obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes y prohíben legislar en sentido contrario a sus propios términos⁵²⁶. En esta idea, la expresión clásica «seguridad e higiene en el trabajo» se ha visto superada por el concepto de «salud laboral»

⁵²⁴ Sala Franco, *Derecho de la Prevención...*, 115-128.

⁵²⁵ Sala Franco, *Derecho de la Prevención...*, 115-128.

⁵²⁶ Palomeque y Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, 131-132.

del que se dice constituye el bien jurídico que se encuentra en el trasfondo del sector del ordenamiento jurídico dedicado a la prevención de riesgos laborales.⁵²⁷

Muchos años antes de la transposición de la Directiva Marco, Santiago González Ortega delineó la protección de este bien jurídico en términos algo más absolutos⁵²⁸, señalando que con estas expresiones se hacía referencia a los sistemas e instrumentos de protección del ambiente de trabajo y de ordenación de la actividad productiva que tienen como objetos fundamentales la evitación de daños a la vida, la integridad y la salud del trabajador y el logro de mejores condiciones de salubridad y bienestar en los centros y puestos de trabajo.

Agregaba que la seguridad e higiene exige, para la realización plena de su contenido, una doble actividad de tutela. De un lado, la dirigida a eliminar las agresiones directas, las situaciones inmediatas de riesgo para la vida, la salud o la integridad del trabajador derivadas de las condiciones, normalmente impuestas de manera unilateral por el empresario – y en este sentido es una manifestación del poder de dirección- y de otro lado, supone también articular los mecanismos de protección que, partiendo de la ausencia del riesgo o del daño inmediatos, se dirijan a la obtención de una mejora progresiva del bienestar en el trabajo, siendo acá la tutela de carácter ofensivo; la seguridad e higiene así entendida deviene en un instrumento de limitación del poder de dirección y organización del empresario.

En lo relacionado con la dimensión reparadora de los riesgos que se ocasionen en la salud del trabajador, González Ortega planteó también tempranamente que debía rechazarse una noción de salud – y por consiguiente de seguridad e higiene – que la haga equivaler a simple ausencia de enfermedad o ausencia de agresiones o riesgos directos para la salud derivados de la realización material de la actividad productiva, para considerar por el contrario, que la salud es también mejora progresiva de las circunstancias que posibilitan ese estado de normalidad y que permiten un más amplio desarrollo de las funciones y capacidades del ser humano, un perfeccionamiento continuo de las mismas. Y de ahí sostuvo que la noción de salud – y de seguridad e higiene - no puede ser una noción estática sino dinámica, en continua transformación de su contenido y alcance. El derecho del

⁵²⁷ Carolina San Martín Mazzucconi, «Derecho a la vida y a la integridad personal; la seguridad y salud en el trabajo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N°108 (2014): 91, 93.

⁵²⁸ Santiago González Ortega, «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución» en *Revista de Política Social, Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n.º 121 (1979): 199-201.

trabajador a la integridad física de su persona en la realización de su trabajo tiene asegurado de este modo un contenido dinámico y progresivo, en el que habrá de revertir el resultado de la acción continuada, de investigación y de regulación normativa, asumida constitucionalmente por los poderes públicos⁵²⁹.

Es muy amplia esta noción de salud, puesto que comprendería todas aquellas medidas disponibles para lograr una protección real. Sobre ello el mismo autor sostuvo que si bien es cierto que pueden existir limitaciones de orden técnico y material que impidan la plena realización de los más adecuados mecanismos de protección y promoción de la salud del trabajador, las medidas de seguridad e higiene no pueden pretender convertirse en instrumentos de lo imposible, aun cuando estas limitaciones deben ser cuidadosamente analizadas para evitar que, en base a dificultades técnicas de teórica imposible superación, se conviertan en un freno a la dinámica ampliatoria de la protección de la salud. Sobre la posibilidad de evitar los daños a la salud – o de ampliar o no el campo de protección de los sistemas de seguridad e higiene en el trabajo – cabe un juicio de oportunidad y de adecuación al propio sistema normativo y a los principios que lo inspiran, y en el supuesto enfrentamiento o colisión entre el derecho a la vida o a la integridad física y moral – seguridad e higiene en el trabajo - sobre la base del artículo 15 de la CE y el derecho del empresario a organizar libremente la producción, aquél por su mayor rango constitucional deberá primar siempre, teniendo la libertad de empresa el límite que a esta viene señalado por el artículo 35.2 de la CE que es su función social.^{530 531}

Años más tarde, y ya transpuesta la Directiva Marco, Santiago González Ortega vuelve a referirse a la seguridad y salud en el trabajo en la Constitución española, planteando que el derecho a la protección de la salud laboral tiene consagración constitucional a partir de la integración de los artículos 40.2 y 43 de la CE; que el artículo 40.2 establece un derecho social fundamental del trabajador como tal, como persona y como ciudadano a la protección/promoción de un medio ambiente laboral seguro y sano que garantice su

⁵²⁹ Palomeque López, «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», 40.

⁵³⁰ González Ortega, «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», 202-205, 225.

⁵³¹ Santiago González Ortega planteó estas ideas sobre la base de una idea de una contraposición de intereses entre las diversas clases sociales y particularmente entre la clase trabajadora y la clase empleadora, lo que lo condujo a rechazar una caracterización exclusivamente técnica de la protección a la salud, incardinándola en un conflicto global de intereses entre las clases fundamentales del modo de producción capitalista, conflicto que visualizó como una lucha por la equiparación de las posiciones de poder y que el ordenamiento trata de componer y que tiene dentro de las relaciones laborales una manifestación puntual en el tema de la higiene y seguridad en el trabajo.

integridad, entendida esta no solo como derecho a la existencia sino también al bienestar físico- biológico. Llega a elevar a rango de derecho fundamental el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, aun cuando se ubica dentro de los preceptos constitucionales de política social.

Sostiene que existe un derecho al no riesgo, es decir, anticipa la protección, para lo cual los empleadores deben adoptar todas aquellas medidas que estén disponibles, y en ese sentido sus derechos ceden en beneficio de los de los trabajadores, cualquiera que sea el costo de esta protección, admitiendo solo dos excepciones: i) tratándose de actividades orientadas a salvaguardar valores constitucionales del mismo rango, como es el caso de tareas de defensa nacional, policía, seguridad, protección civil, bomberos, personal sanitario, pues quienes trabajan en ellas no están protegidos frente a los riesgos laborales al mismo nivel que un trabajador ordinario, y ii) la indispensabilidad social de la actividad, pues existen actividades que inevitablemente comportan un cierto nivel de riesgo, asumido en razón de su utilidad o indispensabilidad social, como es el caso de la minería, la navegación aérea, la industria nuclear o química, o la pesca, en donde la asunción del riesgo podrá solo reducirse al máximo compatible con la eficiencia y la productividad de la actividad de que se trate, y en donde no es posible plantear como objetivo la eliminación del riesgo, salvo que se pretenda la desaparición de la actividad misma.

De esta forma, Santiago González Ortega configura una protección a la salud de los trabajadores, con base en la Constitución española, cuyo objetivo es la eliminación no solo del daño sino incluso del riesgo, eliminación que no podrá ser total por inalcanzable, pero si teniendo en cuenta una dimensión de mejora y perfeccionamiento de la protección a la salud, en donde ya no se pretenda solo preservar la integridad y la salud personal del trabajador, sino incluso perfeccionar las condiciones en las que desarrolla su trabajo en función de un mayor nivel de satisfacción personal y de un desarrollo pleno de su personalidad.⁵³²

En la misma línea, más recientemente se ha expresado en lo relacionado con la integridad física y psíquica de los trabajadores, que no requiere que la lesión se haya consumado, porque ello convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex-post, y por

⁵³² González Ortega et al., *Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales*, 788-800.

ello, debe bastar con que se acredite que un riesgo es relevante porque la lesión puede llegar a producirse para que se active la protección.⁵³³

En la concreción de esta protección que se viene refiriendo, se sostiene que la protección de la seguridad y salud en el trabajo es un derecho social, en tanto se traduce en la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos y exige para su efectividad una actuación concreta de los poderes públicos, superando la idea del Estado abstencionista propia de los derechos de primera generación. Un análisis del diseño de la prevención de riesgos laborales a partir del marco constitucional, ha de tener en cuenta también la distribución competencial en esta materia, en la que el Estado se reserva el máximo protagonismo.⁵³⁴

Al no tener un reconocimiento específico como derecho fundamental, la seguridad y salud en el trabajo según vemos, ha sido elevada a similar categoría asimilándola al derecho a la vida e integridad física y psíquica y al derecho a la salud, y por esa vía, ha devenido un derecho fundamental; la salud y la seguridad del trabajador es la materia en la que resulta más evidente la relevancia constitucional de la implicación de la persona en el contrato de trabajo.⁵³⁵

El balance entre esta afirmación y el efecto de la globalización económica y el intercambio de bienes presente en los inicios de la Unión Europea pareciera haber cedido en beneficio de la protección preferente de la seguridad y salud en el trabajo en el caso español.

1.2.2. Normas de rango legal y otros instrumentos.

Con anterioridad a la transposición de la Directiva Marco 89/391/C.E.E., la principal norma de rango legal en España era el artículo 19 del E.T., aún vigente hoy, muy similar al artículo 184 del C.T. chileno y que se transcribe en lo pertinente a este estudio:

Artículo 19. Seguridad e higiene.

1. El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

⁵³³ San Martín, « Derecho a la vida y a la integridad personal ... » (2006: 98).

⁵³⁴ San Martín, « Derecho a la vida y a la integridad personal ... » (2006: 95).

⁵³⁵ Miguel Rodríguez-Piñero, «Nuevos enfoques de la prevención de riesgos laborales», en *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica*, España, n.º 1, (2005), 3.

2. El trabajador está obligado a observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene.

3. En la inspección y control de dichas medidas que sean de observancia obligada por el empresario, el trabajador tiene derecho a participar por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo, si no se cuenta con órganos o centros especializados competentes en la materia al tenor de la legislación vigente.

4. El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros.

5. Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo.

Si el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75% de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos.

A partir de esta norma del E.T. se dictaron numerosas normas específicas, de diverso rango y dispersas dentro del ordenamiento jurídico español, que no es el caso abordar.

Luego vino la transposición de la Directiva Marco, que manteniendo el artículo 19 del E.T., creó una norma fundamental contenida en la L.P.R.L., que era necesaria por varias razones, de las que se da cuenta la Exposición de Motivos de la misma⁵³⁶:

a) La necesidad de desarrollar los preceptos constitucionales en materia de seguridad y salud laboral;

b) La necesidad de adecuar la legislación española a las Directivas Comunitarias sobre prevención de riesgos derivados del trabajo. Especialmente, las Directivas Marco 89/391/C.E.E., de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo; 92/85/C.E.E., de 19

⁵³⁶ Sala Franco, *Derecho de la Prevención...*, 115-128.

de octubre de 1992, relativa a la protección de la maternidad; 94/33/C.E.E., de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes; y 91/383/C.E.E., de 25 de junio de 1991, relativa a la promoción de la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal;

c) La necesidad de cumplir con los compromisos internacionales adquiridos con la O.I.T. y con la Carta Social Europea, sobre todo a partir de la ratificación del Convenio Nº155 de la O.I.T. el 11 de septiembre de 1985, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo;

d) La necesidad de unificar la normativa anterior, poniendo fin a la falta de una visión unitaria en la política de prevención de riesgos laborales propia de la dispersión de la normativa vigente hasta entonces, fruto de la acumulación en el tiempo de normas de muy diverso rango y orientación, muchas de ellas anteriores a la propia Constitución española. También se precisaba actualizar las regulaciones ya desfasadas y regular situaciones nuevas no contempladas con anterioridad;

e) El ámbito de aplicación de esta ley incluiría tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas, así como a los socios trabajadores o de trabajo de los distintos tipos de cooperativas, sin más exclusiones que las correspondientes a determinadas actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil, por sus particularidades.

f) Los principios que inspiran la L.P.R.L. son los principios de eficacia, coordinación y participación, ordenando tanto la actuación de las diversas Administraciones Públicas con competencias en materia preventiva, como la necesaria participación en dicha actuación de los empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas.

La exposición de motivos de la L.P.R.L. es interesante porque define su sentido, amplio y abarcativo de categorías de trabajadores más allá de los regulados por el estatuto de los privados, y porque buscará prevenir los riesgos en el lugar de trabajo en su sentido más integral, sirviéndose del principio de la eficacia.

Teniendo como base la consagración de la seguridad y salud en el trabajo como política social en el artículo 40.2 de la CE, la columna vertebral normativa de esta política es la

L.P.R.L., que constituye la manifestación del Estado Social como Estado activo, no limitado a proteger sino a prevenir los daños.⁵³⁷

Montoya Melgar sostiene que pese a su dilatada gestación, la L.P.R.L. no es un modelo de norma⁵³⁸. Al contrario, su contenido oscila entre la pura y simple copia de principios generales procedentes, sobre todo, de la Directiva Marco⁵³⁹, y el casuismo casi reglamentario de otros preceptos. Así, sostiene que en buena parte esta L.P.R.L. es una ley marco, pero pese a su generalidad, es la norma básica en la materia. Por el contrario, para Rodríguez-Piñero significó un avance en la conexión entre la prevención de los riesgos laborales y la protección del medio ambiente, y es uno de los factores que explica que esta nueva ley no sea solamente una actualización de regulaciones desfasadas, sino que implica una nueva orientación, más amplia y global, más allá de la prevención de accidentes, y de carácter global.⁵⁴⁰

El art. 2.1 dirá en este sentido que «la presente ley tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo».⁵⁴¹

La ley distingue entre los distintos intervinientes en el proceso de prevención de riesgos y atribuye a cada uno obligaciones y responsabilidades: las distintas Administraciones Públicas, a los empresarios, a los trabajadores y a sus respectivas organizaciones representativas (a los sindicatos y representantes unitarios en el caso de los trabajadores; a las asociaciones empresariales, en el caso de los empresarios).

De ahí que se sostenga que existe un cuarto sujeto con protagonismo en la obligación de seguridad y salud en el trabajo, además del empresario, los trabajadores y sus representantes: el Estado, que tiene el deber de legislar bien en la materia, y que incluso responde del incumplimiento de sus deberes legislativos ante otros entes superiores; el

⁵³⁷ San Martín, «Derecho a la vida y a la integridad personal...» (2006: 95).

⁵³⁸ Sala Franco, *Derecho de la Prevención...*, 115-128.

⁵³⁹ En el mismo sentido Pérez de los Cobos (1997:9) en cuanto la L.P.R.L. conforma la obligación general de seguridad del empresario, ajustándose escrupulosamente a los contenidos de la Directiva Marco. Y Castro Argüelles (2005:399) en cuanto afirma que esta ley es en algunos puntos copia más que transposición.

⁵⁴⁰ Rodríguez-Piñero, «Medio ambiente y relaciones de trabajo», 14.

⁵⁴¹ J.M. Clerc, *Introducción a las condiciones y al medio ambiente de trabajo* (Ginebra: OIT, 1987), 45; «Sólo es posible prevenir eficazmente un riesgo cuando se han reconocido su naturaleza y sus efectos y se le atribuye la atención que merece. Numerosos accidentes del trabajo siguen sucediendo debido a que riesgos antiguos, reconocidos y repertoriados desde hace mucho tiempo, se ignoran, se conocen mal, o se subestiman».

Derecho sobre la seguridad y salud laboral no es en la Unión Europea un derecho de carácter exclusivamente estatal, sino más bien un derecho marcadamente europeo y común. Más aun, el único directamente obligado a cumplir los deberes que le impone la Unión Europea a través de las Directivas, es el Estado.⁵⁴²

Interesante dentro de las definiciones que entrega esta ley, es la de «riesgo laboral» en el artículo 4.2, que entiende como «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo».

El artículo 4.4 expresa que se entenderá como «riesgo laboral grave e inminente aquél que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores. En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata».

De acuerdo con el artículo 4.5, «se entenderán como procesos, actividades, operaciones, equipos o productos “potencialmente peligrosos” aquellos que, en ausencia de medidas y preventivas específicas, originen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores que los desarrollan o utilizan». Conforme al artículo 4.7, «se entenderá como “condición de trabajo” cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador».

Nuevamente se observa en este articulado una gran amplitud, al haber elegido la condición de no riesgo como objetivo de la prevención de riesgos, independiente de si en un recinto de trabajo tales riesgos se manifiestan o no en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; y además, esta amplitud se evidencia al definir el «riesgo laboral» como la posibilidad de que un trabajador sufra un daño derivado del trabajo, lo que comprende situaciones que no constituirán accidentes del trabajo o enfermedades profesionales.

⁵⁴² Alberto Arufe Varela, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los estados miembros de sus deberes de transposición de las directivas marco y específicas en materia laboral», en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 221 (2009): 9.

El Tribunal Supremo ha resuelto que este concepto ha de examinarse atendiendo a la actividad desarrollada por una determinada empresa, a las condiciones de trabajo, a los productos empleados, a las funciones desarrolladas por los trabajadores o a sus características personales. No se trata de un concepto equiparable al de accidente de trabajo, puesto que se refiere a la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, dentro del cual se comprende la enfermedad, la patología y la lesión, por lo que, en principio, es un concepto más amplio que el de accidente de trabajo, aunque conviene tener presente que no todo accidente de trabajo es riesgo laboral, como ocurre, por ejemplo, con el accidente de trabajo in itinere [STS de 25 de junio de 2008 (Tol 1373076)].⁵⁴³

En lo relacionado con la gestión del riesgo, es interesante la consagración del ius resistencia en el artículo 21 de la L.P.R.L., pues se encuentra en términos algo distintos de lo que contempló la Directiva Marco. Dicho precepto establece que el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud, sin exigir el requisito de la inevitabilidad que aparece en la Directiva Marco.

La L.P.R.L. establece en su artículo 2.2 que «las disposiciones de carácter laboral contenidas en esta ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de derecho necesario mínimo, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos».

En definitiva, la L.P.R.L., aunque con retraso, y pese a algunas deficiencias, ha proporcionado un marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales homologable a la política común de seguridad y salud en el trabajo de la Unión Europea y desde su entrada en vigor, España no ha sido objeto de ningún recurso por incumplimiento⁵⁴⁴. No obstante, se hizo necesario introducirle adecuaciones ante una deficiente incorporación del modelo de prevención, por un cumplimiento más formal que eficiente de la normativa y la falta de adecuación de esta a las nuevas formas de organización del trabajo.⁵⁴⁵ Estas adecuaciones fueron incorporadas a través de la Ley

⁵⁴³ Sala Franco, *Derecho de la Prevención...*, 115-128.

⁵⁴⁴ Castro Argüelles, «Seguridad y Salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE y directivas complementarias)», 405-406.

⁵⁴⁵ Rodríguez-Piñero, «Nuevos enfoques de la prevención de riesgos laborales», 4.

54/2003, sobre Reforma al Marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Los cambios en el tratamiento de la seguridad y salud laboral que implicaba la L.P.R.L. habían sido desvirtuados en su desarrollo reglamentario y sobre todo en su puesta en práctica, con una visión extremadamente reglamentarista de intervenciones públicas externas, y de enfoques técnico-objetivos centrado en el cumplimiento formal de deberes y obligaciones, pero escasamente efectivo.

A esta fuente de normas proveniente del derecho colectivo se agrega la Estrategia Española en materia de seguridad y salud en el trabajo. La vigente comprende el período 2015-2020; es el marco de referencia de las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo hasta 2020 y, por tanto, orientará las actuaciones de las instituciones competentes y con responsabilidad en prevención de riesgos laborales de los próximos años. El énfasis viene dado por la coordinación, tal y como se expresa en su presentación, en orden a que la aplicación de directrices comunes y compartidas en el conjunto del Estado favorece la consecución de resultados y con esa finalidad se ha elaborado esta Estrategia, que se configura como un instrumento de colaboración para garantizar el derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

Un lugar relevante dentro de la Estrategia Española para el período 2015-2020 lo ocupan las buenas prácticas en seguridad y salud laboral, para la mejora continua, eficiencia, incentivación, sensibilización y socialización, liderazgo y compromiso con el ámbito que busca proteger, contemplándose un intercambio de experiencias entre entidades empleadores buscando ir más allá del mero cumplimiento de normas legales.⁵⁴⁶

Existe también una Estrategia Europea. La Comisión Europea ha aprobado el Marco Estratégico de la Unión Europea en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, que contempla como retos principales mejorar el historial de aplicación en los Estados miembros, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha medidas efectivas y eficaces para la prevención del riesgo, mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes, y, finalmente, afrontar el cambio demográfico.

⁵⁴⁶ Igartúa, *Nuevas tendencias...*, 224-225.

Finalmente, hay desde finales de la década de los noventa una tendencia hacia la autorregulación por parte de las empresas en cooperación con los trabajadores y sus representantes, en el ámbito de la protección de la seguridad y salud en el trabajo, lo que ha sido instado por los poderes públicos, que ha determinado un menor intervencionismo legislativo y la creación de un clima de regulación más flexible.⁵⁴⁷ De esto daría cuenta la L.P.R.L. española, en cuanto se trata de pasar de una regulación pública minuciosa, rigurosa e ineficaz, impuesta a través de severos controles públicos – etapa previa a la dictación de la Ley 31/1995 – a un sistema en el que empresarios y trabajadores asumen un mayor protagonismo y una mayor responsabilidad, integrando la política de salud y seguridad dentro de las políticas de la empresa; el Estado renuncia a tomar la responsabilidad total y primaria sobre el ambiente de trabajo, acentúa la responsabilidad y auto compromiso de los trabajadores y empresarios, con un papel más persuasivo que penalizador.⁵⁴⁸ Ahora bien, esto no significa que el Estado renuncie a la regulación, más bien al contrario, la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales regula con bastante minuciosidad como el empleador debe efectuar la evaluación de los riesgos laborales, y en qué medida y a través de qué medios debe consultar a los trabajadores; en este sistema pueden encontrarse similitudes con el modelo de autorregulación reglada estudiado en el capítulo III, pero que no lo llegan a configurar. Hay una diferencia de énfasis importante, que consiste en que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales parte de la base que empleadores y trabajadores efectúan en conjunto una evaluación de los riesgos a que están afectos y elaborar un plan de prevención de riesgos, que debe ser actualizado permanentemente. Esta operación posee autonomía, pero la regulación estatal establece minuciosamente las bases para que esta operación de relativa autonomía, de los resultados esperados atendidos los bienes jurídicos que están en juego, como es la vida y la integridad física y psíquica de los trabajadores.

Para Camas Roda⁵⁴⁹ la problemática de estas posturas plantea un punto débil en el papel del sistema público de prevención de riesgos laborales, pues se hace necesario que existan instituciones de control de la seguridad y salud en las empresas. Debería pasarse a una

⁵⁴⁷ Camas Roda, «La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo» (Tirant lo Blanch, Valencia, 2005: 265-270)

⁵⁴⁸ Rodríguez-Piñero, «Medio ambiente y relaciones de trabajo», 12.

⁵⁴⁹ Camas Roda, «La normativa internacional y comunitaria ...» (2005: 270-277).

mayor determinación en el ámbito comunitario del papel regulador y coordinador de las autoridades públicas en la materia: desarrollar una política de seguridad y salud cuyo eje no solo debería radicar en la adopción de reglamentación preventiva, sino en una mayor presencia y coordinación de los poderes públicos en el ámbito empresarial.

Agrega que el análisis de los costos y beneficios no debe considerarse como un elemento de valoración en la adopción de normativa protectora de la seguridad y salud de los trabajadores. La actuación del empleador consistente en evaluar los riesgos para prevenirlos, tiene como objetivo teleológico la aplicación del principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible, sin que la adopción de este criterio agote por sí solo el contenido del deber, sino que se permite también la utilización de instrumentos de valoración de costos y beneficios, o la adopción de medidas preventivas que reflejan el principio de la máxima seguridad razonablemente factible.

La cuestión de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo no es susceptible de integrar una lógica economicista, planteando la salud laboral no como un objetivo independiente sino como factor de competitividad de las empresas, lo que puede acabar condicionando la acción preventiva.

2. Aproximación dogmática en torno al deber de seguridad del empleador en España.

2.1 Planteamiento del problema

En el contexto del derecho de prevención de riesgos laborales español existen ciertas notas distintivas que podrían -eventualmente- adscribirse a la tendencia de la autorregulación, pero todo ello basado en un contexto de regulación heterónoma de dicha prevención. La razón de ello es simple, pues la regulación heterónoma por muy sofisticada y exhaustiva que fuere nada puede hacer frente a la ausencia de una cultura de prevención, específicamente una en la cual los involucrados directos en prevenir los riesgos, no estén adecuadamente provistos de herramientas y conocimientos para analizar, prevenir, crear planes de contingencia, y en general, administrar en primera línea los riesgos creados por la actividad económica. Al no existir dicha cultura de prevención, no queda otra alternativa

que la adjudicación de responsabilidades a posteriori o la aplicación de sanciones administrativas. Sin embargo, tal como discutimos en el capítulo sobre responsabilidad civil y facultades sancionadoras de la administración, el efecto que esto puede tener sobre una eventual tendencia del empresario hacia la prevención, es meramente teórico, pues un tipo de responsabilidad civil basada en el riesgo o un régimen de culpa levísima con inversión de la carga de la prueba, no deja mucha cabida a que el empleador pruebe el empleo de una conducta diligente en la prevención del daño,⁵⁵⁰ y por otro lado, la aplicación de sanciones administrativas tampoco parece apuntar hacia un efecto real, aunque sea indirecto, sobre la tendencia del empresario hacia la prevención, primero por la cantidad profusa y difusa de reglamentaciones administrativas, difíciles de conocer, y en segundo lugar, porque dichas reglamentaciones apuntan la mayor parte del tiempo a obligaciones de carácter documental, que en un contexto real de prevención de riesgos laborales, debería ser meramente anexa o complementaria.⁵⁵¹

En efecto, según González Tejedor; «Es la Ley 31/95 la disposición básica legal que va a dar cumplimiento a las necesidades anteriormente descritas, esta ley viene a establecer las bases de una nueva ordenación de la prevención de riesgos laborales en nuestro país, poniendo fin a la heterogeneidad, parquedad y dispersión normativa que habían caracterizado al ordenamiento jurídico vigente hasta la fecha de su entrada en vigor»⁵⁵²

Por las razones anteriores la Ley N° Ley 31/1995, más conocida como Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L.P.R.L.), se centra en la etapa previa, basadas en los principios preventivo y precautorio, de dejar al empresario en posición de velar de manera real y efectiva de los riesgos de la actividad económica que desarrolla, en coordinación con los trabajadores, directamente o a través de delegados, y los diversos organismos coadyuvantes en la tarea de prevención, sean internos o externos a la empresa. Cuando decimos etapa previa, nos referimos a la creación de una verdadera cultura de prevención, que descongestione la necesidad de buscar responsabilidades a posteriori, o en aplicación de sanciones administrativas por incumplimientos a la legislación en materia preventiva.

⁵⁵⁰ Carrillo López, «La responsabilidad civil...», 82-83.

⁵⁵¹ Juan López Gandía y José Francisco Blasco Lahoz, *Curso de prevención de riesgos laborales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 76.

⁵⁵² Gonzalo González Tejedor, «El Marco Jurídico de la Prevención de Riesgos Laborales en España: principales obligaciones empresariales», 2009, 212. Disponible en «<http://bit.ly/2IT3fpC>».

Dichas normas (sobre responsabilidad y sanciones administrativas), seguirán existiendo, pero el foco estará puesto en la etapa previa, en la prevención. En razón de la doctrina comparada «aunque resulte demasiado obvio e incluso poco relevante [...] señalar que normativa de prevención es toda aquella que tenga medidas preventivas, se pretende con ello resaltar que estamos ante algo distinto a protección frente a daños, centrando la atención en el propio origen o fuente de este, es decir, en el riesgo, cuya eliminación deviene el objetivo crucial de cualquier actividad preventiva».⁵⁵³

La dogmática española efectúa desde antaño la exigencia de que la obligación de seguridad y salud del empleador, esté basado en actividad preventiva real, y no basada en la mera compensación de daños, que es precisamente, lo contrario a la prevención. Así, Santiago González Ortega, analiza la falta de atención en materia de prevención de riesgos laborales desde dos vertientes basadas en la responsabilidad civil;

«Pero los dos elementos que se han descrito (vía de la responsabilidad extracontractual que extrapola el comportamiento del daño del contexto contractual transformando una obligación de este tipo en un deber genérico de no dañar a otro) y exigencia de responsabilidades de un daño causado (lo que desplaza la atención desde el cumplimiento correcto de la obligación de seguridad -momento preventivo- al de la mera compensación del daño ya causado -momento curativo o reparador-) no constituyen, desde luego, la mejor respuesta a una innovación normativa (la del art. 19 del ET) que se quiso contractualizadora del deber e inspirada en principios preventivos; que otorgara, en definitiva, una protección eficaz».⁵⁵⁴

De esa manera, no se trata simplemente que la obligación de velar por la seguridad y salud de los trabajadores se base exclusivamente en un deber de compensación a posteriori, a través de la indemnización de perjuicios propios de la responsabilidad civil, o del aseguramiento del daño ante la verificación del riesgo laboral, típico del modelo del seguro social, sino que además cambia el modo de acercarse a la naturaleza de la obligación de

⁵⁵³ María Teresa Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales* (Madrid: Editorial Tecnos, 2011), 43.

⁵⁵⁴ Santiago González Ortega, «Seguridad y Salud en el Trabajo (en torno al artículo 19)». En *Civitas; Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 100 (2000), 559.

empleador, basándose en un patrón de conducta, típico de la responsabilidad extracontractual, que no precisa las obligaciones específicas que debe cumplir el empleador en orden a prevenir los riesgos laborales, quedándose con un mero «buen padre de familia», fijando a posteriori qué conducta cabía esperar de este hipotético «buen padre de familia» judicialmente reconstruido.⁵⁵⁵

Para una política real de prevención de riesgos laborales se requiere mucho más que la reconstrucción judicial a posteriori de la conducta que debió seguir adelante el «buen padre de familia», se requiere más bien rescatar la obligación empresarial de debido cuidado del canon extracontractual, y contractualizarlo, tal como sugiere Santiago González Ortega. La manera de contractualizarlo es establecer obligaciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, que pongan el acento en la prevención y precaución, y que distribuya los roles preventivos de manera adecuada en los distintos agentes involucrados en la relación contractual, el empleador, en primer lugar (cambiando el modelo del «buen padre de familia» al de «prudente empresario»), los organismos al interior de la empresa específicamente destinados a esa labor (vgr. delegados de prevención), y por último pero no menos importante, los propios trabajadores.⁵⁵⁶

2.2. El deber de prevención en la L.P.R.L.

2.2.1. Elementos generales de su configuración

Como señalábamos, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales supone que el empleador, trabajadores y organismo técnicos asociados, internos o externos a la empresa, les

⁵⁵⁵ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, 400; «En definitiva, el ordenamiento desde hace algún tiempo y de forma más precisa en la legislación actual, da pautas para considerar que la diligencia exigida al empresario en el cumplimiento de la obligación de seguridad se caracteriza por tres notas: diligencia objetiva, máxima y de carácter técnico, identificada con el estándar del “prudente empresario”».

⁵⁵⁶ También en el sentido de contractualizar el deber de prevención está Cristián Cerón Torreblanca, «Historia de la Prevención de Riesgos Laborales en España», *Baetica. Estudios de Arte, Historia y Geografía* 33 (2011), 410-411; «En cuanto al Estatuto de los Trabajadores de 1980, no supuso cambios tan drásticos para el Instituto Nacional pero sí afectó a la legislación de Seguridad e Higiene en el trabajo como una condición más que debía estar recogida en el contrato de trabajo.

Se produce también el alejamiento de la Seguridad Social para que la seguridad y salud del trabajador regresase al contrato de trabajo para formar parte de la legislación de las relaciones laborales de la que había estado ausente en las Leyes de Contrato de Trabajo 1944, que rigió las relaciones laborales durante más de treinta años o de la ley de relaciones laborales de 1976, vigente durante los años 1976-1980».

corresponde la evaluación de los riesgos de la empresa, y la creación de una política de prevención en este sentido. Según González Tejedor,

«La definición de la política de prevención de riesgos laborales, se lleva a cabo teniendo en cuenta [...] el principio de participación de empresarios y trabajadores a través de las organizaciones empresariales más representativas en la planificación, organización y programación de la gestión relacionada con la mejora de las condiciones de trabajo y la protección de la seguridad y salud de los trabajadores».⁵⁵⁷

Hasta el momento, esto podría significar una autorregulación, pero no hay que olvidar que la política de prevención de riesgos es obligatoria para el empleador, y es ordenada en función de la L.P.R.L.. Luego, tampoco el empleador está a ciegas en la evaluación de los riesgos laborales, pues estos riesgos también están normados en diversos reglamentos. El empleador no crea un riesgo desde la nada, sino que está orientado normativamente acerca de los riesgos que normalmente se presentan en una industria determinada.⁵⁵⁸ Pero es él, en definitiva, quien identifica ese riesgo en la forma específica que se presenta en su actividad económica, y crea un plan de prevención en orden a evitar el riesgo.

En razón de los fundamentos anteriores, para Carrero Domínguez, la Administración debe aún cumplir una función importante en la materia de prevención de riesgos, no pudiendo quedar esta única y exclusivamente a cargo de las partes directamente involucradas;

⁵⁵⁷ González Tejedor, «El Marco Jurídico de la Prevención de Riesgos Laborales en España: principales obligaciones empresariales», 213.

⁵⁵⁸ Una enumeración a este respecto hace Alfredo Montoya Melgar a fecha de 2005, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Tecnos, 2005), 400. «Estos principios inspiran ya los numerosos reglamentos que el gobierno en desarrollo de la Ley: Servicios de Prevención (RD 39/1997, desarrollado por O. de 27.6.97), radiaciones ionizantes (RD 413/1997), señalización en el trabajo (RD485/1997), lugares de trabajo (RD 486/1997), cargas (487/1997), pantallas visuales (RD 488/1997), equipos de protección individual (RD 773/1997), equipos de trabajos temporales en altura (RD 1.215/1997, modificado por RD 2.177/2004), trabajo en buques de pesca (RD 1.216/1997), actividades mineras (RD 1.389/1997), obras de construcción (RD1627/1997), protección contra agentes biológicos (RD664/1997, que traspone la directiva 90/671/CE, y O. de 25.3.1998), protección frente a agentes cancerígenos y mutágenos (RD 665/1997, modificado por RD 349/2003), trabajo en empresas de trabajo temporal (RD 216/1999), trabajo en el mar (RD 258/1999), protección contra agentes químicos (RD 374/2001) y contra el riesgo eléctrico (RD 614/2001), protección contra radiaciones ionizantes (RD 783/2001) y protección frente a riesgos derivados de atmósferas explosivas (RD 681/2003, de 12.6) y coordinación de actividades empresariales (RD 171/2004)».

«La intervención de representantes de trabajadores y empresarios en la determinación de los niveles de seguridad conlleva un mayor acercamiento a la realidad de los riesgos de las empresas. Sin embargo, no es conveniente dejar únicamente a la autonomía colectiva el establecimiento de las condiciones de Seguridad y Salud Laboral. En consecuencia, es necesaria la intervención de la Administración, tanto en la elaboración de dichos niveles como en el control de su aplicación».⁵⁵⁹

Por eso, como ya sabemos, la autorregulación debe ser reglada, en eso consiste un sistema de «reflexividad normativa», en virtud del cual la legislación establece los parámetros a partir de los cuales se debe dar la administración de los riesgos, señalando los pasos, requisitos, procedimientos, sujetos involucrados, de manera tal que se de en la práctica una real política de prevención de riesgos. Claro está, obviamente hay muchos matices, no se pueden dar en la práctica aplicaciones de modelos puros, de manera tal que pueda decirse que aplicaremos lisa y llanamente la teoría de la reflexividad normativa de Gunther Teubner. Efectivamente la forma en que el sistema de prevención que debe ser orquestado por el empleador, está determinado legalmente a través de la L.P.R.L., pero este es sólo el marco mínimo necesario, siendo las partes involucradas quienes lo llevan a la práctica y determinan y evalúan por sí mismos los riesgos profesionales a que se encuentran expuestos. Pero esto aún no es el matiz, pues lo anterior se corresponde bastante bien con el modelo de reflexividad normativa. El matiz se da en que la legislación ha determinado por sí misma cuales son los riesgos a que están expuestos las distintas actividades económicas (vgr. radiaciones ionizantes (RD 413/1997), señalización en el trabajo (RD485/1997), lugares de trabajo (RD 486/1997), cargas (487/1997), pantallas visuales (RD 488/1997).⁵⁶⁰ El empresario debe velar porque los riesgos señalados en dichas regulaciones no se verifiquen en la práctica, para ello debe llevar adelante una política cuya regulación se encuentra en la L.P.R.L., pero es el empleador (más trabajadores y organismos coadyuvantes), quien efectúa por sí mismo dicha evaluación y crea por sí mismo la política de prevención de riesgos que debe llevar adelante.

⁵⁵⁹ Carmen Carrero Domínguez (1996). «La determinación de contenido de deber de seguridad del empresario: el sistema de estándares norteamericano», En AAVV; *La reforma del mercado de Trabajo y de la Seguridad y Salud Laboral*. Coord. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, 1996, 107.

⁵⁶⁰ Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo...*, 400.

Pero la necesidad de una política de prevención de riesgos por parte del empleador va mucho más allá de los riesgos que efectivamente se encuentren sancionados legalmente, debe más bien evaluarse en concreto todos los riesgos que acaezcan en el contexto de la actividad económica, sea que estén regulados como tal en algún reglamento o ley específica.⁵⁶¹ Si la tecnología o el cambio en la forma en que se desarrolla la actividad económica hacen que se produzcan nuevos riesgos, estos deben ser diagnosticados a través del mecanismo de prevención de riesgos con que el empleador cuente, sin esperar a que las normas provenientes de la administración o poder legislativo se actualicen o se creen otras nuevas.⁵⁶² En efecto, el modelo teórico de autorregulación reglada, supone la revisión constante de las decisiones tomadas, considerándose todas ellas estrictamente provisionales y contingentes. En este caso, el modelo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sin ser ella un modelo puro de autorregulación reglada, posee esta característica fundamental, obliga al empleador a la revisión constante de la evaluación de riesgos, para detectar nuevos riesgos, así como la revisión constante del modelo de prevención instaurado, sobre todo en caso de no mostrarse eficaz frente a los riesgos efectivamente acaecidos.

La visión de un sistema de prevención de riesgos laborales de este tipo, viene pensado desde la Directiva Marco de la Unión Europea, traspuesta a la legislación española a través de la L.P.R.L. Así, para la doctrina comparada;

«Además se obliga al empresario (art. 6.1.2 DM) a estar permanentemente alerta a la evolución de los riesgos a la hora de adoptar las medidas de seguridad. Esto conduce a la afirmación, también patente en nuestra LPRL, de que las medidas necesarias para la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores no pueden desvincularse de la evolución de la técnica y de los cambios de circunstancias que se produzcan en relación con la actividad productiva y que puedan influir en las medidas a adoptar».⁵⁶³

⁵⁶¹ Toscani, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», 40; «De este modo lo que busca la ley, es un comportamiento diligente por parte del empresario que, en primer lugar, debe suprimir todos los riesgos que sean susceptible de eliminación y, en segundo lugar, debe emplear todos los medios existentes según el estado actual de la tecnología para mitigar los riesgos que no se hayan podido mitigar de raíz. Con lo cual dicha conducta diligente consiste en alcanzar el máximo nivel de seguridad posible de forma permanente, no el mínimo reglamentariamente exigible».

⁵⁶² Toscani, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», 40; «sería también un deber de contenido dinámico y variable, teniendo en cuenta los cambios en la técnica, las condiciones de trabajo, y de las circunstancias en que se ejecuta el trabajo».

⁵⁶³ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, 129.

Por lo tanto, abonando a la afirmación hecha más arriba, el deber de prevención del empleador, alcanza no sólo a los riesgos ya sancionados vía reglamentación administrativa, sino a todos aquellos que sobrevengan por el cambio en las condiciones tecnológicas y de cualquier cambio que en general se produzca en las condiciones productivas y de desarrollo de la actividad económica en general.⁵⁶⁴ Por lo tanto, el empleador debe ir adelante de las modificaciones legales en esta materia, no pudiendo usar como excusa la falta de actualización normativa.⁵⁶⁵ Esto supone un deber de diligencia muy exigente y que tiene por objeto desplazar del primer plano de la escena de la seguridad y salud laboral, la responsabilidad civil por daños, que opera siempre a posteriori.

Esto supone que la obligación del empleador, en conjunto con trabajadores y los organismos preventivos especializados, debe estar en permanente actividad preventiva, la cual se ha considerado entonces como una obligación dinámica y de tracto sucesivo.⁵⁶⁶ Tal como se señaló en la cita anterior, la «filosofía inspiradora» de la Directiva Marco de la Unión Europea, se traspa a la L.P.R.L. española, en específico la norma del artículo 14.2. Así, para Igartúa Miró;

«No en vano el art. 14.2 LPRL establece que el empresario desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adopción de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo». Ello nos sitúa ante una obligación abierta, dinámica o de contenido actualizable, características que ayudan a combatir la rápida obsolescencia de las medidas

⁵⁶⁴ Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 93; «Por ello, el activismo a que se ve obligado el empresario, fruto de la dinamicidad requerida para adaptación de medidas desfasadas por el cambio de circunstancias, incorporará un elemento vital en lo ordenamientos nacionales, en su mayoría faltos de un contenido obligacional que posibilite la adaptación progresiva de las siempre mejorables normas protectoras de la salud de los trabajadores».

⁵⁶⁵ Jaime Pizá Granados, «Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario. (Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 mayo 2000)». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar, *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 871-872; «La entrada en vigor de la LPRL está favoreciendo la toma en consideración por la jurisprudencia de la necesaria preocupación que debe tener un empresario por cumplir con su deber general de protección. Debe tener ese hábito de conducta que le lleve a pensar en la adopción de medidas preventivas de todo tipo, con independencia de la exigencia de actuaciones concretas previstas en la normativa».

⁵⁶⁶ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, 130.

de seguridad y ponen de manifiesto el papel activo del empresario frente a la evolución de los riesgos, que debe realizar una continua revisión y adaptación de medidas adoptadas». ⁵⁶⁷

Esta es la característica principal del sistema de autorregulación reglada, que lejos de esperar la existencia de una norma que lo obligue a efectuar actividad preventiva en función del riesgo asociado a dicha norma, efectúe por sí mismo la actividad preventiva de riesgos que él está en mejores condiciones de conocer, que son propios de la actividad económica que desarrolla y que pueden o no estar establecidos como tal en la legislación. Además, tal como señalamos en el capítulo sobre las facultades sancionadoras de la administración, la realidad (de los riesgos laborales) es siempre dinámica y cambiante, y las normas administrativas no están en condiciones de seguir la velocidad de ese cambio, quedando siempre a la saga de las nuevas modalidades de riesgos y matices. Una norma administrativa es una fotografía que se saca de la realidad, pero esa realidad luego sigue en movimiento, sin que la norma administrativa pueda seguir paso a paso cada movimiento. Ante el normal desfase de la norma administrativa, es el empleador quien debe estar atento al cambio y evolución de dichas condiciones, día a día.

2.2.2. Análisis de su concreción normativa

El artículo 15 N° 1 de la L.P.R.L. efectúa un resumen esquemático y simple sobre lo que consiste el deber del empleador en materia de prevención de riesgos, lugar en el cual enumera los principios estructurales sobre los que se funda la acción preventiva. Así, dicho articulado señala; «1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales: a) Evitar los riesgos. b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar. c) Combatir los riesgos en su origen. d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud. e) Tener en cuenta la evolución de la técnica. f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. g) Planificar la

⁵⁶⁷ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, 129.

prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo. h) Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores».

Luego, los trabajadores poseen una serie de derechos, establecidos a lo largo de la L.P.R.L., los cuales, siguiendo en esta enumeración a los autores Ureña y Cruz, podemos mencionar; «[a] Derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (Art. 14.1); [b] Disponer de los equipos de trabajo y medios de protección individual adecuados al desempeño de sus funciones (Art. 17); [c] Ser informados sobre los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos, así como sobre las medidas adoptadas ante las posibles situaciones de emergencia (Art.18); [d] Ser consultados y participar en todas las cuestiones que afecten a la seguridad y salud en el trabajo⁵⁶⁸ (Art. 18); [e] Disponer de la formación teórica y práctica, suficiente y adecuada en materia preventiva, centrada en el puesto de trabajo (Art. 19); [f] Disponer de las medidas de emergencia acordes con el tamaño y la actividad de la empresa (Art. 20); [g] En caso de riesgo grave e inminente se paralizará la actividad y, en su caso, se abandonará de inmediato el lugar de trabajo (Art. 21); [h] Disponer de las medidas de vigilancia y control de la salud en función de los riesgos (Art. 22); [i] Garantizar la protección de los trabajadores que por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo (Art. 25); [j] Protección a la maternidad (Art. 26)».⁵⁶⁹

El artículo 15 de la L.P.R.L. enumera las principales obligaciones del empleador en materia de prevención de riesgos laborales los cuales son desarrollados en los artículos sucesivos. En particular, es el artículo 16 del cuerpo legal mencionado que contiene la obligación general de prevenir los riesgos y de evaluar los mismos previamente en orden a llevar adelante un plan de prevención. El número 1 del artículo 16 establece la obligación de establecer un «plan de prevención de riesgos laborales», el cual debe ser incorporado al «sistema general de gestión de la empresa» y en el conjunto de actividades de la empresa en

⁵⁶⁸ La consulta a los trabajadores es de carácter imperativo, ver Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 93

⁵⁶⁹ María Cruz Benlloch López y Yolanda Ureña Ureña, *Manual Básico de Seguridad y Salud en el Trabajo* (Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2018), 11. Disponible en «<http://bit.ly/2ZwKGhu>».

todos sus niveles. El Plan de Prevención «es la herramientas a través de la cual se integra la actividad preventiva de la empresa en su sistema general de gestión y se establece su política de prevención de riesgos laborales, la definición de funciones, las prácticas, los procedimientos y los recursos necesarios para llevar a cabo dicha acción»⁵⁷⁰ Luego, conforme lo señala el inciso 2° del número 1 ya citado; «Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan».

Luego, el número 2 del artículo 16 de la L.P.R.L. establece cuales son los dos instrumentos principales del sistema de prevención de riesgos laborales, 1) la evaluación de los riesgos laborales y 2) la planificación de la actividad preventiva de dichos riesgos. La evaluación inicial de riesgos debe incluir los siguientes elementos en su análisis; a) la naturaleza de la actividad productiva b) las características de los puestos de trabajo existentes: c) las características de los trabajadores que desempeñan dichos puestos de trabajo. Asimismo esta evaluación deberá realizarse con ocasión del cambio o elección del equipo de trabajo, en la elección de sustancias peligrosas así como en el acondicionamiento del lugar de trabajo. El empresario deberá realizar una nueva evaluación cuando cambien las condiciones de trabajo, así como cuando se verifique un daño a la salud, de manera tal de identificar nuevos riesgos y modificar la planificación de la actividad preventiva. En todo caso, siempre deberá el empresario controlar las condiciones de trabajo y la actividad de los trabajadores de manera tal que se puedan detectar nuevos riesgos que deban ser objeto de planificación.

Si de la evaluación efectuada por el empleador surgieren riesgos, entonces se deberá planificar la actividad preventiva tendiente a eliminar, reducir y controlar tales riesgos. El plan de prevención deberá contemplar; a) el plazo para llevar a cabo dicha actividad preventiva; b) la designación de los responsables de cada actividad preventiva; c) los recursos humanos y materiales necesarios para ejecutar el plan de prevención.

El empresario deberá vigilar continuamente que se lleve a cabo el plan de prevención, así como modificar el plan de prevención si del control de las condiciones de trabajo y de las

⁵⁷⁰ Benlloch López y Ureña Ureña, *Manual Básico de Seguridad y Salud en el Trabajo*, 13.

actividades de los trabajadores surgieren nuevos riesgos. Asimismo, cuando se produzca daño a la salud o de la vigilancia y control de la actividad productiva surgieren indicios de que la prevención es insuficiente, entonces se deberán investigar las causas de aquello y modificar el plan de prevención en la parte que fuere necesaria.

Para la evaluación de los riesgos, así como la planificación de la actividad preventiva, se requiere de la participación de los trabajadores, derecho que se encuentra regulado entre otros, en los artículos 18, 33 y 34 de la L.P.R.L. De ese modo, los trabajadores pueden tener directa injerencia en la evaluación de los riesgos laborales, canalizando la información acerca del modelo productivo en que se encuentran inmersos, develando al empresario los riesgos laborales de la actividad económica. Asimismo, una vez efectuada la evaluación, el empleador debe consultar a los trabajadores también en la etapa de la elaboración del plan de prevención de riesgos, todo ello en función del deber de cooperación que poseen, establecido en el artículo 29 de la L.P.R.L.

En relación a este punto los trabajadores podrán nombrar delegados de prevención, en cantidad que varía según el número de trabajadores que labora en la empresa, los cuales tendrán las siguientes funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales; a) colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; b) promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; c) ser consultados por los empresarios, con carácter previo a su ejecución acerca de las decisiones a que se refiere el artículo 33 de la L.P.R.L. (planificación y organización del trabajo en la empresa en lo que afecte a la salud y seguridad de los trabajadores; organización y desarrollo de actividades de prevención, entre otros); d) ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Ahora bien, en relación a la forma específica en que el empleador efectúa la evaluación, planificación y establecimiento de un plan de prevención de riesgos laborales, la L.R.P.L. y el Reglamento de Servicios de Prevención, establece cuatro modalidades;

- a) Asumir personalmente la actividad preventiva;
- b) Designar a uno o varios trabajadores para llevarlo a cabo;
- c) Constituir un servicio de prevención propio;

d) Recurrir a un servicio de prevención ajeno;

De acuerdo a los comentaristas de la L.P.R.L. «si se atiende a la redacción del artículo 31.1 de la LPRL y del artículo 12 del RSP da la impresión de que el sistema de organización para la prevención que prefiere el legislador es el de los trabajadores designados».⁵⁷¹ Sin embargo, el Reglamento de Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997), establece diversas condiciones en virtud de las cuales se podrá optar, o será obligatorio en su caso, adoptar alguna de estas alternativas (artículos 11 a 17 del Real Decreto 39/1997).

El empleador podrá asumir personalmente las labores de prevención siempre que acredite tener las competencias para ello, y que la empresa no tenga más de diez trabajadores o veinticinco trabajadores en un único centro de trabajo, y no se trate de labores especialmente peligrosas, según anexo número I del Reglamento de Servicios de Prevención. Luego, si no es este el caso, el empleador podrá derivar la actividad de evaluación y prevención de riesgos designando uno o más trabajadores para tal efecto, siempre y cuando tengan la capacidad de desarrollar dichas funciones y el empresario les brinde el tiempo y los medios necesarios para desarrollar tal actividad. (Art. 13 Reglamento de Servicios de Prevención).

Sin embargo, siempre está la posibilidad de constituir un servicio de prevención propio, o hacerse de los servicios de un servicio de prevención ajeno «si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o la peligrosidad de las actividades desarrolladas» (Art. 31). Se entenderá por Servicio de Prevención «el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados» (Art. 31.2 L.P.R.L.).⁵⁷²

⁵⁷¹ Manuel Luque y Esther Sánchez, *Comentario Práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, 2008, 292. Disponible en «<http://bit.ly/2FfQPqL>».

⁵⁷² Artículo 31.3 L.P.R.L.; «Los Servicios de Prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y el apoyo que precise en función de los tipos de riesgos en ella existentes en lo referente a; a) el diseño, implementación y aplicación de un plan de prevención que permita la integración de la prevención en la empresa; b) la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores en los términos previstos en el artículo 16 de esta ley; c) la planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de medidas preventiva y vigilancia».

Paralelamente, en las empresas o centros de trabajo que posean 50 o más trabajadores, se deberán constituir comités de seguridad y salud, los cuales son «órganos paritarios y colegiados de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (Art. 38 L.P.R.L.). Este órgano estará constituido por los delegados de prevención elegidos por los trabajadores y en igual número de representantes del empleador. El Comité de Seguridad y Salud tendrá las siguientes competencias y facultades; a) participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa, b) promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de riesgos, c) conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos de la empresa; d) conocer los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo; e) conocer y analizar los daños producidos a la salud o en la integridad física de los trabajadores; f) conocer e informar la memoria y programación anual de los servicios de prevención;

Así, el deber de cooperación del trabajador en esta materia es de tal manera amplio que invita a una reflexión acerca de la posible revisión de los conceptos tradicionales de contrato de trabajo, los cuales se limitan a las obligaciones recíprocas básicas como son las remuneración y la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia, sin considerar una serie de otros derechos y deberes de empleador y trabajador, que no son subsumibles en esa tipología básica. En efecto, se incorpora en la relación de trabajo un deber que va mucho más allá de la mera prestación de servicios a cambio de remuneración, y que podría contradecir incluso la obediencia a las órdenes del empleador en materia de salud y seguridad, como en el caso del denominado *ius resistentiae*. De esta manera se otorga al trabajador un papel no meramente pasivo en materia de prevención de riesgos laborales. En el siguiente acápite analizaremos la influencia que las obligaciones que recaen sobre el trabajador en esta materia, tiene sobre los conceptos tradicionales de contrato de trabajo.

de su eficacia; d) la información y formación de trabajadores; e) la prestación de primeros auxilios y medidas de emergencia.

2.2.3. El derecho/deber de seguridad del trabajador;

En la legislación chilena se define el contrato de trabajo partiendo de la base de dos de los elementos esenciales que lo configuran, en primer lugar, la prestación de servicios por parte del trabajador, los que se prestan bajo subordinación y dependencia, y en segundo lugar, la remuneración pagada por el empleador por dichos servicios. En efecto el artículo 7° del Código del Trabajo chileno señala; «Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada». A primera vista, parece la legislación chilena no recoger la complejidad de una relación laboral, al limitar su conceptualización al mero intercambio de servicios por remuneración. Sin embargo, si se ha leído con atención los capítulos anteriores, no debiera parecer extraño que un concepto quede desfasado ante la creciente complejidad de la realidad. Así, existen otros elementos que no pueden entenderse fácilmente incorporados en la tipología básica del contrato de trabajo, como es el derecho del trabajador de cooperar en el mantenimiento de las condiciones de higiene y seguridad de la empresa. Eventualmente, puede sostenerse que dichas obligaciones en materia de higiene y seguridad, son parte de la prestación debida en el contrato de trabajo, y como tal, están incorporadas en el deber de obediencia del trabajador hacia el empleador. Estimamos, en cambio, que no se trata solamente de un deber de obediencia de las órdenes del empleador, sino que suponen también el ejercicio de facultades establecidas por la legislación, quienes le otorgan derecho, a través de sus representantes, para incidir en la evaluación y en la política de prevención de riesgos. Luego, como tendremos oportunidad de comentar, este derecho al mismo tiempo sería un deber, pues está orientado hacia la gestión de los riesgos laborales a que están afectos el resto de los trabajadores, tarea en la cual existiría un deber de colaboración con el empleador.

Sin embargo, la literatura niega que exista un deber de los trabajadores en materia de seguridad, los cuales sólo serían acreedores pasivos del deber de seguridad del empleador. Desde este punto de vista, se cierra la puerta también a una lectura de la colaboración de los trabajadores con el empleador, como un derecho-deber. Así, en la literatura española se niega que exista un deber de los trabajadores, pues la seguridad y salud en el trabajo es un

derecho de los trabajadores, y un deber para el empresario, exclusivamente. Así, para Igartúa Miró;

«En la relación de trabajo vamos a encontrar, por tanto, una “relación obligatoria básica” (...) en materia de seguridad y salud en el trabajo, donde el empresario ocupa la posición de deudor y el trabajador la de acreedor de seguridad».⁵⁷³

De esta manera se posiciona al trabajador como mero acreedor de seguridad, sin que pesen sobre él obligaciones jurídicas en esta materia. La obligación jurídica en materia de seguridad y salud corresponde exclusivamente al empleador, y no se puede derivar al trabajador responsabilidades. En efecto, es la propia subordinación y dependencia del trabajador la que delinea el deber de seguridad como un mero derecho a su respecto. Según González Ortega, «La situación de subordinación en que se sitúa al trabajador no compagina bien con la autotutela frente a unos riesgos que además él no controla. La peculiaridad en el reparto de poderes en el contrato da lugar a una singular obligación que corresponde al titular de tales poderes, y unos derechos que se atribuyen al trabajador subordinado».⁵⁷⁴

En efecto, la subordinación y dependencia al que está afecto el trabajador, le impide tomar el control de los riesgos del trabajo, siendo estos de carga de quien maneja los factores productivos, esto es el empresario, no pudiendo configurarse en caso alguno un sistema de auto tutela del trabajador frente a los riesgos inherentes a la actividad productiva.. Sin embargo, si tratamos de imponer al trabajador una carga un tanto más activa, el concepto tradicional de contrato de trabajo queda estrecho, pues dicha carga adicional en materia de seguridad y salud sobrepasaría los límites de lo que comúnmente puede entenderse por *servicios prestados al empleador*. Es una actividad dentro de la organización técnico productiva, pero no serían los servicios que tienen como causa el pago de la remuneración al trabajador, pues se trataría de una carga adicional.

⁵⁷³ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, 123; en el mismo sentido Santiago González Ortega, «Seguridad y Salud en el Trabajo (en torno al artículo 19)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*. España: Civitas; n.º 100 (200): 559; «Si bien se piensa, el trabajador concreto, cuando desempeña su trabajo, no tiene presente la normativa legal y reglamentaria que se aplica en cada caso (que además, seguramente desconozca), más bien se atiene a las órdenes e instrucciones que el empresario, o las personas en quienes delega, formulan adaptando a cada puesto o tarea esas prescripciones generales contenidas en la normativa aplicable».

⁵⁷⁴ González Ortega, «Seguridad y Salud en el Trabajo (en torno al artículo 19)», 126.

La doctrina española comprende esto en un cierto nivel, pero sin la profundidad que amerita la reinterpretación del rol del trabajador en materia de seguridad y salud. En efecto, Igartúa Miró señala;

«Lo anterior viene a suponer que aunque el empresario es el deudor por excelencia y, por tanto, el lugar que ocupa el trabajador es el del acreedor, su posición jurídica es bastante más compleja al ser destinatario a su vez, de determinadas obligaciones preventivas que, no obstante, no son equiparables en su intensidad y contenido, lógicamente, a las atribuidas al empleador. Ya el propio ET, entre los deberes básicos del trabajador (art. 5.b) contempla la observancia de las medidas de seguridad e higiene que se adopten, manifestación, si se quiere, de la obligación general que pesa sobre el trabajador de obedecer las órdenes empresariales (art. 5.a) ET)».⁵⁷⁵

Lo que la autora señala es que el trabajador no es sólo acreedor de seguridad y salud, sino que también es deudor de obediencia ante las órdenes empresariales relativas a la misma materia, pero en esta visión no aparece todavía una visión más sofisticada de la función del trabajador en materia de higiene y seguridad, que no dependa de la mera obediencia, sino que la trascienda y se posicione en un rol de cooperación más abierta en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo. El matiz que la autora citada realiza sobre este punto sería el siguiente;

«Resulta patente que la obligación que ahora se comenta no impone al trabajador un deber de vigilancia sobre los posibles defectos en materia de seguridad, que compete al empresario, pero sí le obliga, caso de tener conocimiento en el desarrollo de su actividad de situaciones de riesgo, a comunicarlas al empresario a fin de que puedan tomarse medidas de seguridad adecuadas. Esta exigencia es, sin duda, manifestación del deber de buena fe y del de colaboración en la política preventiva empresarial».⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ González Ortega, «Seguridad y Salud en el Trabajo (en torno al artículo 19)», 247.

⁵⁷⁶ González Ortega, «Seguridad y Salud en el Trabajo (en torno al artículo 19)», 249.

La autora da un paso más en la visión de un trabajador que coopera con el empresario en el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laborales, aunque aún otorga al trabajador un papel bastante pasivo, sólo en el caso que llegue a constatar una fuente de riesgo, tiene el deber de informar, lo que si bien es algo más amplio que la concepción que lo considera un mero acreedor de seguridad, no da cuenta de la complejidad de deberes y derechos empresariales y de trabajadores, según aparece regulado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española (LPRL).

En efecto, el artículo 29 de la LPRL, establece una serie de obligaciones para los trabajadores, entre ellos; a) velar por el cumplimiento de las medidas de prevención de acuerdo a sus posibilidades (art. 29.1); b) usar adecuadamente las máquinas, herramientas, aparatos y sustancias peligrosas, de acuerdo a su naturaleza y riesgos previsibles (29.2.1); c) utilizar correctamente los medios y equipos protección facilitados (art. 29.2.2); d) no poner fuera de funcionamiento los medios de seguridad existentes (art. 29.2.3); e) informar inmediatamente a su inmediato superior jerárquico sobre situaciones que impliquen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 29.2.4); f) contribuir al cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud impuestas por la autoridad en materia de seguridad y salud (art. 29.2.5); g) cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar un ambiente de trabajo digno y bajo condiciones que no entrañe riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Y aún nos falta considerar las funciones de los delegados de prevención, actividad absolutamente proactiva en materia de prevención efectuada por representantes de trabajadores, las cuales serían a) colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; b) promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; c) ser consultados por los empresarios,⁵⁷⁷ con carácter previo a su ejecución acerca de las decisiones a que se refiere el artículo 33 de la L.P.R.L. (planificación y organización del trabajo en la empresa en lo que afecte a la salud y seguridad de los trabajadores; organización y desarrollo de actividades de prevención, entre otros); d) ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

⁵⁷⁷ Pérez Alencart, *El derecho comunitario...*, 99. Para el autor, la imperatividad de la consulta de los trabajadores, proviene del artículo 11 de la Directiva-marco de la Unión Europea 89/391 « Employers shall consult workers».

Por otro lado, de acuerdo al artículo 33 de la LPRL, existe una serie de obligaciones del empleador de consulta previa de los trabajadores, respecto de la introducción de nuevas tecnologías; organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de riesgos laborales; designación de representantes de los trabajadores, entre otras materias. Respecto de este deber de consulta, existe, como contraparte un derecho de participación de los trabajadores, el cual se ocupa el artículo 34 de la L.P.R.L., señalando que los trabajadores tienen derecho a participar en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales, que se canalizará a través de sus representantes. En el mismo sentido se expresa el artículo 18 N° 2 de la LPRL, cuando señala que; «2. El empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V de la presente Ley.»

En consecuencia, la L.P.R.L. posee una visión de la función del trabajador que va más allá del mero deber de obediencia de las órdenes del empleador en materia de seguridad y salud, consagrando una participación un tanto más proactiva en la política efectuada por el empleador en materia de riesgos laborales, imponiendo a éste, un deber de consulta.

Desde nuestro punto de vista, el derecho de participación del trabajador no puede ser simplemente considerado como un derecho subjetivo que pueda ser usado discrecionalmente por el/los trabajador/es o renunciado por mirar el sólo interés individual del renunciante. No hay duda de que la prevención de riesgos laborales es impuesta por una norma de orden público, por lo tanto, el derecho otorgado al trabajador para participar de la política de la prevención de riesgos laborales, no es renunciable, al no mirar únicamente el interés propio de los trabajadores. En consecuencia, al estar este derecho de participación conectado con el derecho de la seguridad y salud que todo trabajador posee en la faena o lugar de trabajo, la participación de los trabajadores en la política de prevención de riesgos laborales es un derecho-deber. Abonan a esta tesis los artículos 29.2.4 y 29.2.5 de la LPRL que señalan como deberes de los trabajadores contribuir al cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud impuestas por la autoridad en materia de seguridad y salud y cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar un ambiente de trabajo digno y bajo condiciones que no entrañe riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

Siendo así, este derecho-deber constituye sin duda parte de relación laboral, pero no compagina bien, como luego veremos, con los conceptos tradicionales de contrato de trabajo, los cuales ponen el acento en los servicios prestados por el trabajador a cambio de remuneración (como el artículo 7 del Código del Trabajo chileno). Este derecho/deber, así formulado, debe ser entroncado con el deber de buena fe en la relación laboral, por cuanto dicho deber de participar en la política preventiva supone una manifestación del deber de cooperación que se encuentra implícito en la relación laboral, y que se deriva del principio de la buena fe laboral. Así, para Luengo Millán; «El deber de colaboración se impregna, pues, de la carga ética del principio de la buena fe como manifestación suya que es, y se puede considerar alcanzado cuando se cumplen con su ejecución las expectativas que generan la cualificación y experiencia profesional del trabajador, y precisamente ahí es dónde radica la colaboración propiamente empresarial, ubicando del modo más conveniente al trabajador en la actividad que le corresponde».⁵⁷⁸ Es la buena fe con la que se «supera el conflicto de intereses que las partes representan en aras de un fin un objetivo común»,⁵⁷⁹ que en el caso de nuestra tesis en particular, consiste en el análisis conjunto de las fuentes de riesgos laborales, y la cooperación en la elaboración de un plan de prevención de riesgos laborales. En particular en el caso del empresario, este «tendrá el deber de ejecución continuada, de informar personal, individualizada, directamente y por escrito a los trabajadores, de cuanto los mismos del concierne y tiene trascendencia en su trabajo», por ejemplo, respecto de la; «consulta, la participación, la formación en materia preventiva, la paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y la vigilancia del estado de salud de los trabajadores».⁵⁸⁰

Así entonces, este derecho-deber de colaboración con el empleador en las políticas de seguridad y salud, es ciertamente parte de la relación laboral, junto con muchas otras manifestaciones del contenido de la relación contractual, como el respecto a los derechos fundamentales, la prohibición de competencia desleal, entre otros, pero ninguno de ellos forma parte de los conceptos más tradicionales y esenciales del contrato de trabajo. Así, la reflexión de Alarcón Caracuel al respecto es que, si bien los elementos recién mencionados forman sin duda parte de la relación laboral; «no quiere decir que la inclusión de ese derecho-deber de

⁵⁷⁸ Luengo Millán, «Ética y Derecho Social: una introducción», 34.

⁵⁷⁹ Luengo Millán, «Ética y Derecho Social: una introducción», 33.

⁵⁸⁰ Luengo Millán, «Ética y Derecho Social: una introducción», 35.

protección en el sinalagma contractual sea fácil. Por el contrario, opino que es necesario, cierta reconstrucción del concepto que habitualmente manejamos de contrato de trabajo. Así, tomando como base la definición legal del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, la doctrina define el contrato de trabajo como aquel “que liga a una persona (trabajador) que preste sus servicios a otra (empresario), que los retribuye, organiza y dirige [...]. Pues bien, esas definiciones –que constituyen sólo dos ejemplos entre muchísimos otros que podríamos citar- participan de una cierta concepción reduccionista de contrato de trabajo (en la que todos “caemos” de manera harto frecuente), consistente en definir el contrato de trabajo tomando en consideración exclusivamente las obligaciones absolutamente nucleares de los sujetos del mismo: estos se obligan a intercambiar trabajo por salario, y eso constituiría, sin más, el contrato de trabajo».⁵⁸¹ Por lo tanto, quizás para efectos meramente descriptivos, pero en todo caso, ordenadores y aclaratorios de la complejidad en la que se desenvuelve la relación laboral, el autor citado plantea su propio concepto de contrato de trabajo, el cual no tiene por objeto mutar la naturaleza de la relación laboral, ni construir un nuevo paradigma de relación laboral, sino simplemente construir un concepto más abarcador que aquellos conceptos que consideran sólo la prestación de servicios y la remuneración, y por lo tanto, más honesto respecto de la complejidad real en la que se desenvuelve la relación laboral. En efecto, Alarcón Caracuel señala que el contrato de trabajo sería un «contrato en virtud del cual el empresario se obliga a proporcionar un trabajo en condiciones de seguridad, no discriminación y respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, así como a su promoción y formación profesional, y al pago de una remuneración; y el trabajador se obliga a realizar dicho trabajo con diligencia y buena fe, con respecto a las medidas adoptadas para su propia seguridad y con obediencia a las órdenes regulares del empresario, con el que no deberá concurrir deslealmente».⁵⁸²

⁵⁸¹ Manuel Ramón Alarcón Caracuel, «El Impacto de la Ley 31/1995 sobre el contrato de trabajo», en XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Coordinador: Ricardo Escudero Rodríguez), (Málaga, 1995), 52.

⁵⁸² Alarcón Caracuel, «El Impacto de la Ley 31/1995 sobre el contrato de trabajo», 54.

2.2.4. Responsabilidad civil de empleador en el contexto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales;

En el capítulo sobre responsabilidad civil tuvimos oportunidad de analizar el estado actual de las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la responsabilidad del empleador en materia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, lugar en el cual señalamos que a pesar de asociar dicha responsabilidad a un régimen de responsabilidad por culpa, el deber de diligencia asociado a dicho régimen de culpa es el de la culpa levísima,⁵⁸³ el máximo nivel de diligencia exigido al deudor de seguridad en este caso, lo que implicaba en la práctica asumir la obligación del empleador como un tipo de obligación de resultado, pues el deber de protección de la vida y la salud de los trabajadores debe ser eficaz (artículo 184 del Código del Trabajo). Plantear la obligación del empleador como una obligación de resultado nos deja ad portas de un tipo de responsabilidad estricta basada en la teoría del riesgo profesional.

Señalamos también en el capítulo mencionado que la responsabilidad estricta, basada en el razonamiento de que el empleador debe indemnizar los daños generados espontáneamente por su actividad económica, estaría a su vez basado en la idea que un régimen de responsabilidad de ese tipo incentivaría de mejor manera la prevención por parte del empleador de dichos riesgos laborales.⁵⁸⁴ Dudamos de esa afirmación, y reiteramos esa duda ahora, puesto que no parece ser un buen incentivo para la prevención, el hecho de que será en todo caso responsable aún a pesar de toda la diligencia que emplee en prevenir los riesgos laborales. Parece más bien al contrario, una buena forma de incentivar la prevención de riesgos laborales es liberando de responsabilidad al empleador, cuando efectivamente ha hecho todo lo posible por prever, evaluar y evitar los riesgos laborales, asumiendo que dicha labor de prevención lo liberará de responsabilidad en caso de un accidente acaecido a pesar y fuera de la política de prevención llevada a cabo. Bajo este aliciente, es más probable que efectúe una seria evaluación de los riesgos, que aquella

⁵⁸³ Tendencia jurisprudencial que ha sido apuntada por la doctrina, según hemos señalado; Sierra Herrero, «La responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores. Enfoque jurisprudencial», 44; Domínguez, *Los accidentes...* 28; Diez Schwerter. «Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales», 165-166. Baraona González, «La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas», 170.

⁵⁸⁴ Rosenkratz, «El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación», 60.

hipótesis en virtud del cual el juez lo hará responsable en cualquier contexto. En este último caso, no quedaría otra alternativa al empresario que externalizar el costo de los accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, asegurando dichos siniestros. En este contexto se pierde completamente de vista la prevención de riesgos laborales.

Por lo tanto, en el contexto del sistema de prevención de riesgos laborales español, sancionado en la L.P.R.L. ¿Qué tipo de responsabilidad le cabe al empleador? ¿un tipo de responsabilidad por culpa con base en una obligación de medios? o ¿o un tipo de responsabilidad estricta, con reminiscencias de la teoría del riesgo profesional, basada en una obligación de resultado? Lo dicho hasta ahora sobre el punto, adelanta la respuesta de la tesis, pero antes de volver sobre ella, pasaremos revista sobre la doctrina española en relación a la responsabilidad del empleador en el ámbito de la L.P.R.L., contexto en el cual podremos verificar que no existe acuerdo sobre el punto,⁵⁸⁵ ni siquiera existe acuerdo sobre cuál es la tesis mayoritaria sobre el punto.

«La finalidad de cuestionarse si la obligación de seguridad es de medios o de resultados es averiguar cuál es el contenido de la prestación debida, esto es, si la obligación se cumple mediante el desempeño diligente de una actividad o si, por el contrario, junto a este encontramos también el logro de un determinado resultado. Existen en la doctrina partidarios tanto de enmarcarla entre las obligaciones de medios (...) como de situarlas entre las de resultado (...). En la primera dirección se mueve también el TJCE en su Sentencia de 14 de junio de 2007 en tanto afirma que no impone al empresario un deber de resultado aunque pueda estar formulado en términos absolutos».⁵⁸⁶

Como veremos, a pesar de la ambigüedad de la cita recién señalada, la doctrina española parece decidirse por caracterizar el deber de prevención como una obligación de medios,

⁵⁸⁵ Sobre la disputa entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva, Carrillo López, «La responsabilidad civil...», 181-182; «En tal ámbito de la responsabilidad civil, y frente a la monolítica interpretación de la jurisdicción social, se ha podido apreciar una posición mucho más dubitativa de la jurisdicción civil, que se mueve en una permanente contradicción entre entender este ámbito de conclusiones propias de la responsabilidad objetiva, afirmándola con una cierta contundencia en todo supuesto de accidente de trabajo con aplicación de la teoría del riesgo con la correspondiente inversión de la carga de la prueba y aunque el empresario haya cumplido toda la normativa en materia de seguridad en el trabajo y aquella otra postura que afirma y reafirma, con la misma contundencia, la vigencia del sistema culpabilístico, al considerar que en materia de responsabilidad civil por accidente del trabajo no resulta posible mantener una responsabilidad por riesgo».

⁵⁸⁶ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales...*, 130-131.

esto es, no será responsable por el sólo hecho de la ocurrencia del accidente o enfermedad, sino que será necesario una atribución de culpabilidad.⁵⁸⁷ Así, por ejemplo, López Gandía y Blasco Lahoz, señalan;

«Perfil o caracteres del deber de seguridad (...). Se traduce en una obligación de medios, no de resultado. Es una obligación de hacer por la que el empresario debe realizar una actividad preventiva de modo permanente para evitar que se produzcan daños. Sólo podría entenderse de resultado, en cuanto a que el empresario debe haber actuado con toda la diligencia exigible».⁵⁸⁸

A pesar de que los autores señalan que se trata de una obligación de medios, terminan señalando que podría interpretarse como una obligación de resultado, lo que nos conduce a una aparente contradicción. Pero dicha contradicción es perfectamente salvable, si entendemos que lo que los autores señalan es que el empleador debe emplear necesariamente la diligencia exigida por la legislación, la cual es un tipo de exigencia alta, no pudiendo omitir ninguno de los puntos señalados por la L.P.R.L., por lo tanto, se trata de una obligación de medios reglamentada, y el cumplimiento de dicho reglamento es de resultado, se cumple o no se cumple el reglamento. Pero eso no significa que la inexistencia de accidentes y enfermedades profesionales sea de resultado en *strictu sensu*, pues ello dependerá del cumplimiento del empleador a la reglamentación en materia de prevención de riesgos, con todo lo que ello implica -evaluación, planificación, vigilancia, etc- así como otra medida exigible en virtud de las circunstancias aunque no esté necesariamente establecida en la planificación de prevención de riesgos.⁵⁸⁹ El cumplimiento de las todas la

⁵⁸⁷ José Antonio Sanfulgencio Gutiérrez, «La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes del trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental», *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* 53 (2004): 343; «La jurisprudencia judicial ha establecido que la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional es una responsabilidad culpabilista o subjetiva que ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada del empleador, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal».

⁵⁸⁸ Juan López Gandía y José Francisco Blasco Lahoz, *Curso de prevención de riesgos laborales*. [Recurso electrónico] (España: Editorial Tirant Lo Blanch, 16ª edición), 72.

⁵⁸⁹ José Javier Orcaray Reviriego, «La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral, el deber de seguridad», *Iustel, DGDTS* 16 (2008): 19; «El empresario será considerando sujeto responsable de infracción si cumple alguna de las medidas previstas pero, todavía más, aun demostrando el cumplimiento de

medidas exigidas por la legislación, así como toda otra medida exigible en virtud de las circunstancias, constituiría una obligación de medios,⁵⁹⁰ por cuanto tiende hacia, pero no asegura por completo, la evitación total de accidentes y enfermedades profesionales. A lo anterior, debe sumarse aquellos casos en que no existe una relación de causalidad entre la omisión de las medidas preventivas y el accidente del trabajo.⁵⁹¹

Lo que una norma como la L.P.R.L. hace, es formalizar el nivel de diligencia exigido al empleador, dejándolo no sólo en la posición de sujeto obligado de la enorme cantidad de reglamentaciones existentes en materia de riesgos laborales, sino que lo deja en una posición activa de evaluación y planificación de la actividad preventiva, que le permite acceder, de manera reglada, a un nivel de diligencia apropiada en relación a los riesgos que enfrenta. La sola presencia de normas que le exigen protección eficaz de la vida y de la salud de los trabajadores, así como la presencia de normas que establece estrictamente los parámetros sustantivos de las condiciones ambientales y laborales que deben observarse, no le da ninguna pista acerca de qué camino tomar para prevenir los riesgos laborales. Por eso, una legislación que pone el acento en la prevención, está en una posición ventajosa para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, que aquella que simplemente exige dicha protección eficaz, pero no da los elementos necesarios para su cumplimiento.

En consecuencia, si las normas sobre prevención de riesgos ponen el acento en la prevención para llegar al resultado de la protección eficaz, en vez de poner todo el foco en

todas las previstas y eventualmente exigibles, podrá también ser considerado (en términos generales y con las debidas cautelas) responsable de incumplir su obligación de protección si no adoptó alguna medida que se demuestre como necesaria o fuera técnicamente posible aunque no estuviera prevista o determinada de antemano en el plan de prevención, lo que da la idea de la potente exigencia obligacional que pesa sobre el empresario».

⁵⁹⁰ Orcaray Reviriego, «La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral, el deber de seguridad», 25 «No obstante, aunque del artículo 14 de la L.P.R.L. –cuando utiliza el término garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores- parece describir una obligación de resultado, esto es, evitar la producción material de una lesión del trabajador garantizando su seguridad, lo cierto es que no parece tener tanta relevancia la cuestión, -aunque la doctrina no alcanza un acuerdo pacífico sobre este asunto-, pues si a la obligación le sigue necesariamente la responsabilidad y esta es exigible en las normas sancionadoras aún sin la aparición de consecuencias lesivas para el trabajador, aquella podrá ser calificada como de medios, de forma que es, en definitiva, un deber de diligencia empresarial en la adopción de todas las medidas específicas que sean precisas y con toda la amplitud que se le quiera otorgar».

⁵⁹¹ Daniel Toscani Giménez, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», *Gestión práctica de riesgos laborales* 92 (2012): 40; «De producirse el resultado lesivo para la salud del trabajador, esa misma jurisprudencia exige que exista necesariamente un nexo de causalidad entre la omisión de medidas de causalidad entre la omisión de medidas de prevención y el accidente. De lo contrario, se podrá sancionar, de forma independiente el incumplimiento de medidas de prevención, pero dicha omisión no conllevará la correspondiente responsabilidad empresarial por el acaecimiento del accidente».

la protección eficaz, sin tomar en consideración los medios, la responsabilidad civil producto de los accidentes y enfermedades profesionales, debe tender definitivamente hacia un modelo de responsabilidad basado en una obligación de medios, y no en una obligación de resultado.⁵⁹² En el contexto de la jurisprudencia española este viraje aún no es claro, pues según Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, aunque la responsabilidad del empleador esté basada en la culpa,⁵⁹³ la jurisprudencia toma un camino más estricto que la doctrina, derivando la responsabilidad del empleador en un tipo de responsabilidad cuasi objetiva. Así, los autores citados señalan;

«Aunque se asienta sobre la culpa del causante, la jurisprudencia ha flexibilizado tal exigencia, llegando a configurar una especie de responsabilidad «cuasiobjetiva», ya sea mediante la presunción de que existe culpa salvo prueba en contrario, ya sea imputando la responsabilidad a los riesgos inherentes a la empresa, ya sea, en fin, exigiendo una diligencia extrema en la evitación de daños».⁵⁹⁴

Los autores señalan tres vías en virtud de las cuales la jurisprudencia construye una especie de responsabilidad «cuasi objetiva»; a) presunción de culpa; b) imputación de responsabilidad respecto de riesgos inherentes; c) diligencia extrema en la evitación de daños. En primer lugar, la presunción de culpa no debiera ser considerado un elemento para transformar la responsabilidad del empleador en una de tipo de objetivo, sólo significa que debe acreditar que empleó la diligencia exigida de acuerdo a los estándares señalados por la L.P.R.L.⁵⁹⁵ En segundo lugar, la diligencia extrema exigida también nos deriva hacia un sistema de responsabilidad objetiva, aunque tal conclusión puede parecer oscura dado lo interpretable que es la palabra extrema. Estimamos que los autores citados se refieren a

⁵⁹² Toscani, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», 40; «De este modo, es fácilmente constatable, que el deber de protección del empresario, se transforma en una obligación de medios, no de resultado, no objetiva. Esto es, aun cuando se produzca una lesión de un trabajador se puede haber actuado de forma diligente si se hubieran adoptado todas las medidas posibles de prevención. Por ello mismo, pero en sentido contrario, al ser una obligación de medios, pero no de resultado, se puede incumplir dicha conducta diligente cuando el empresario no haya habilitado todos los medios de protección necesarios y se crea un peligro para la seguridad y salud de los trabajadores».

⁵⁹³ Ver también sobre este punto; Fernández Avilés, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social...*, 218.

⁵⁹⁴ Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia, *Derecho del Trabajo* (Madrid: Editorial Tecnos, 14ª edición, 2005), 635.

⁵⁹⁵ Lubomira, *El riesgo y la responsabilidad objetiva*, 105.

casos en que la jurisprudencia crea modelos de conducta hipotéticos que no son previsibles para el empleador, por ser incluso contrarios al sentido común. En ese contexto, la promesa hecha de eludir la responsabilidad en base al cumplimiento de la diligencia debida se hace ilusoria. Por lo tanto, en la práctica es exactamente lo mismo que un sistema de responsabilidad objetiva. En nuestra opinión, la tesis de la diligencia extrema debe derivar hacia un tipo de diligencia de alto estándar, en función de los riesgos que normalmente genera la actividad económica. La diligencia de alto estándar siempre puede ser de creación jurisprudencial, pero en este caso, construido sobre la base de un modelo de prevención de riesgos que señala pormenorizadamente, cómo debe ser entendida una diligencia de alto estándar. De esa manera, el estándar se naturaliza en el empresario y en el trabajador, siendo mucho más fácil crear un modelo de prudencia hipotético no alejado del sentido común, porque el sentido común estará construido en base a normas como la L.P.R.L.

En tercer lugar, los autores citados señalan que la jurisprudencia deriva hacia una responsabilidad objetiva, en función de la tesis de los riesgos inherentes a la empresa. En nuestra opinión, dicha teoría debe dejarse de lado, en primer lugar, porque no es correcta la afirmación en virtud del cual la teoría del riesgo profesional deriva en una mayor nivel de prevención de riesgos laborales, afirmación que contrastada con la práctica resulta ser falsa.⁵⁹⁶ En segundo lugar, porque pone sobre los hombros del empresario una carga que no es posible de soportar; responder de todos los riesgos con independencia de cuanta diligencia haya empleado en la prevención de dichos riesgos laborales, y de cuan escasa cooperación pongan todos los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, dado el efecto desmotivador que puede resultar en materia de prevención de riesgos⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Muchos autores han decantado sus opiniones a favor de un sistema de responsabilidad subjetiva; Alfredo Montoya Melgar, «Recensión al libro “La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales” de J.I. Moltó García». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2007), 808; «El autor, con fundamento jurisprudencial y doctrinal, se aparta de la “aparente objetivación de la culpa” y sostiene que la responsabilidad civil sigue exigiendo el elemento culpabilístico, al mismo tiempo que se difumina el interés práctico de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual». Ver también Carlos Luis Alfonso Mellado, «La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario, en materia de seguridad y salud laboral». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2007), 955-965.

⁵⁹⁷ Carrillo López, «La responsabilidad civil ...», 82-83; «Por ello, se deduce que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado, no solamente por los argumentos expuestos, sino por su clara inoportunidad en términos finalísimos, pues tal objetivación produciría un efecto desmotivador en la política de prevención de riesgos laborales, porque si el empresario ha de responder

¿Qué ocurriría por ejemplo, si el trabajador sufre un accidente por no usar equipo de protección, que había sido puesto a su disposición por parte del empleador? El autor Orcaray Reviriego señala que el empleador debe ser responsable de ese accidente,⁵⁹⁸ pero no en virtud de la responsabilidad objetiva, sino en virtud del régimen de culpa.⁵⁹⁹ Acá revisamos su argumentación;

«Claro que pudiera pensarse que con este planteamiento se está dando carta de naturaleza a la responsabilidad objetiva del empresario, el cual, ante una infracción relativa a la falta o deficiente utilización de los equipos de protección –puesta de manifiesto por una ocasional actuación inspectora o derivado de la producción de un resultado dañoso para el trabajador que sufre un accidente-, debe responder de la infracción sin que pueda alegar en su defensa como circunstancias eximentes que los equipos estaban disponibles para el trabajador o que este actuó de manera poco diligente al prescindir de aquellos o al utilizarlos de manera insuficiente. Esta responsabilidad, por el contrario tiene su origen no en la mera constatación del hecho de la infracción normativa o del resultado dañoso, sino que se trata de una actuación del empresario que se considera culposa dada la vulneración de su deber de vigilancia y control sobre la conducta de los trabajadores a su servicio».⁶⁰⁰

Estamos de acuerdo con la afirmación recién citada, el empleador tiene un deber vigilancia y control que debe ser ejercido diligentemente en orden a prevenir los riesgos.⁶⁰¹ Pero ¿qué

civilmente siempre hasta el resarcir el daño en su integridad , haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, si no tan siquiera a observar escrupulosamente a normativa en materia de prevención; y exclusivamente actuaría de freno la posible actuación administrativa, cuyo efecto disuasorio únicamente alcanzaría a las más graves infracciones».

⁵⁹⁸ Sobre la relación de la imprudencia del trabajador con la responsabilidad del empleador, ver Pizá Granados, «Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario. (Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 mayo 2000)». 873; «En cualquier caso, ya la propia norma contempla que cuando el empresario prepare sus actividades de prevención de riesgos laborales, “la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”».

⁵⁹⁹ Sobre las imprudencias del trabajador ver José Luján Alcaráz, «Sobre la noción de accidente de trabajo, a propósito de la imprudencia temeraria y del intento de suicidio». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2007), 653-656.

⁶⁰⁰ Orcaray Reviriego, «La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral, el deber de seguridad», 29.

⁶⁰¹ El empleador debe vigilar las imprudencias típicamente profesionales del trabajador; José María Ríos Mestre, «Accidente de trabajo y culpa del trabajador (Comentario a la STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2000)». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, (Navarra: Thomson Aranzadi, 2007), 643; «La conclusión a la que se llega es que la única

ocurre realmente si este deber de vigilancia y control ha sido empleado diligentemente? Por ejemplo, el empleador ha amonestado en reiteradas ocasiones al trabajador por no usar los elementos de protección, ha sido emplazado reiteradamente por su superior directo respecto del no uso del elemento de protección; ha sido constantemente informado formal e informalmente de los riesgos de trabajar sin protección, y aun así trabaja sin protección y sufre un accidente. Es de nuestra opinión que el empleador no es responsable, pues ha prevenido diligentemente el riesgo, pero no puede asegurar el resultado de evitar el daño.⁶⁰² Este deber *in vigilando* del empleador, aumentará o disminuirá, según la calificación y experiencia del trabajador.⁶⁰³ Es de suponer que una opinión de este tipo no es inaudita ni extrema, se corresponde bastante bien con los estándares de la responsabilidad por daño,⁶⁰⁴ pero al existir oscuridad sobre cuáles son los métodos de prevención que deben usarse, existirá oscuridad también sobre cuál es el nivel de responsabilidad exigible al empleador. La responsabilidad objetiva es una salida fácil, puesto que no se requiere del esfuerzo intelectual de reconstruir a posteriori el modelo del empresario diligente.⁶⁰⁵ Sin embargo, si se construye desde la base, con ayuda de un modelo de prevención de riesgos exigente, un estándar de diligencia real y concreto, entonces habrá más claridad en qué consistirá esa

imprudencia que no exime de responsabilidad al empresario es la profesional, debiendo trazarse una distinción entre imprudencias profesionales que forman parte del trabajo mismo y las otras imprudencias del trabajador y que ninguna relación guardan con el trabajo. Todo ello con el resultado extremo de que en los casos de imprudencia profesional no existiría, por estimarlo así la Ley, culpa del trabajador. Y que en los demás casos en que existiese culpa del trabajador, ésta exoneraría al empleador».

⁶⁰² Toscani, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», 44; «A este respecto, la jurisprudencia matiza, no obstante, que el deber de vigilancia del empleador no puede concebirse como una fiscalización constante o permanente, minuto a minuto, de todas las operaciones llevadas a cabo en su empresa, para obligar al empleo de medidas preventivas indicadas en cada caso, incluso a los trabajadores rebeldes a sus indicaciones. Ya que eso supondría un poder cuasi-policial, permanente y exhaustivo e iría en contra de la propia dignidad personal y profesional del trabajador».

⁶⁰³ Toscani, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», 44; «De este modo, el tribunal concluye que, aun cuando conste formalmente la información y formación, (escrito firmado por el trabajador en tal sentido), es evidente que por sus características personales y por el hecho de haber sufrido el accidente el primer día de trabajo, el cumplimiento formal no viene corroborado por la realidad práctica que pone de manifiesto que el trabajador no era el adecuado para el manejo de dicha maquinaria».

⁶⁰⁴ Joaquín García Murcia, «Seguridad y salud en el trabajo, el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales». En María Emilia Casas Baamonde, Manuel Carlos Palomeque López y Fernando Valdés Dal-Ré (coordinadores), *Régimen de Responsabilidades en materia de seguridad y salud*, (Madrid: La Ley-actualidad, 1997), 209; «la culpa o negligencia de la víctima, e incluso su imprudencia profesional, puede reducir o exonerar de responsabilidad al empresario, siempre que éste hubiera cumplido escrupulosamente sus obligaciones».

⁶⁰⁵ Toscani, «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?», 40; «A mi juicio, al empresario no se le puede exigir responsabilidad por el sólo hecho de que efectivamente se materialice un accidente en su empresa. Para poder articularse otro tipo de responsabilidades, por parte del empresario, como recargo de las prestaciones de seguridad social, indemnizaciones, civil, penal, etc; es necesario que concurra la culpa del empresario en la causa del accidente».

obligación de medios de la que responde el empleador, derivándose de ello una preocupación genuina del empleador por los riesgos inherentes a su actividad económica. Por estas razones, es sumamente importante que un derecho de prevención de riesgos serio, esté basado en una obligación de medios,⁶⁰⁶ porque el foco estará puesto en la actividad diligente preventiva dirigida hacia un resultado, y no meramente en el resultado, obviando la forma de llegar hasta él.

2.2.5. Participación de los trabajadores en la evaluación y elaboración de un Plan de Prevención de Riesgos;

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales incorpora ciertos elementos propios de un sistema de autorregulación reglada, pero en lo global, no logra dar con el perfil que se requiere para dar por establecido realmente un sistema de este tipo. Los elementos positivos a este respecto dicen relación con el carácter contingente que la L.P.R.L. otorga a la evaluación de riesgos como a los planes de prevención del mismo. Así por ejemplo, el artículo 15 letra e) de la L.P.R.L. señala que son principios de la acción preventiva «tener en cuenta la evolución de la técnica». Por otro lado, el artículo 16 N° 2 letra a) señala que «La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas». Por otro lado, el artículo 16 N° 2 letra b) señala por su parte que; «El empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma.

⁶⁰⁶ Jordi Carrasco Martín y Albert Azagro Malo, «Responsabilidad empresarial por accidentes laborales causados por cintas transportadoras; comentario a la sentencia STS. 1º, 6.11.2002», *InDret* 4 (2003), 9; «Si la obligación es de medios, se exige una actividad diligente en la adopción de medidas de prevención racional y costosamente posibles, y no la no producción del accidente del trabajo; implica, por tanto, imputación subjetiva y estándares de diligencia. Como obligación de medios, se aplica a los supuestos de responsabilidad por culpa y responsabilidad cuasi-objetiva (inversión de la carga de la prueba). La sentencia objeto de comentario, en aplicación del estándar general de responsabilidad por culpa, no condena a indemnizar al empresario».

Las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario, como consecuencia de los controles periódicos previstos en la letra a) anterior, su inadecuación a los fines de protección requeridos».

Por lo tanto, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales considera la labor de evaluación de riesgos y elaboración del plan de prevención de riesgos, como un ejercicio de labor continua, sujeta a la contingencia de la realidad en materia de riesgos laborales. Esta es una característica propia de los sistemas de autorregulación reglada, la cual no puede esperar que una regulación heterónoma se haga cargo de un problema que sólo el subsistema social puede resolver, de manera directa pero no conclusiva. La abstracción y generalidad de las normas heterónomas no pueden hacerse cargo de una realidad contingente, a la cual, siempre llegan con retraso y con un diseño normativo que no puede atender a lo particular de los casos. Acerca del carácter marcadamente contingente de las obligaciones en materia de higiene y seguridad, Igartúa Miró señala «Además se obliga al empresario (art. 6.1.2 DM) a estar permanentemente alerta a la evolución de los riesgos a la hora de adoptar las medidas de seguridad. Esto conduce a la afirmación, también patente en nuestra LPRL, de que las medidas necesarias para la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores no pueden desvincularse de la evolución de la técnica y de los cambios de circunstancias que se produzcan en relación con la actividad productiva y que puedan influir en las medidas a adoptar».⁶⁰⁷

Sin embargo, un sistema de autorregulación reglada, requiere también de otro elemento sumamente importante, el reequilibrio de poderes al interior del subsistema, de manera que todas las partes puedan participar en igualdad de condiciones en la autorregulación de dicho subsistema. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales si bien contempla mecanismos de participación, estos no son lo suficientemente profundos como para afirmar que existe un reequilibrio de poderes al interior de la empresa, de manera tal que empleadores y trabajadores puedan determinar la evaluación y planificación de la actividad preventiva en igualdad de condiciones.

Al respecto, las normas más importantes son el artículo 18 N° 2 de la L.P.R.L. que señala que; «El empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el

⁶⁰⁷ Igartúa Miró, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, 129.

marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo V de la presente Ley.

Los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y representación previstos en el capítulo V de esta Ley, dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa». La consulta y la participación de los trabajadores, se encuentra regulada en los artículos 33 y siguientes de la L.P.R.L. De acuerdo al artículo 33 de la mencionada Ley, el empleador deberá consultar a los trabajadores respecto de la organización y la planificación del trabajo en la empresa, así como la organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de riesgos profesionales.⁶⁰⁸ Luego, de acuerdo al artículo 34 N° 1 de la L.P.R.L., los trabajadores tiene derecho a participar en materias de prevención de riesgos profesionales, a través de sus representantes.⁶⁰⁹

De esta manera, los trabajadores podrán nombrar representantes, los cuales son denominados delegados de prevención, los cuales tendrán las siguientes funciones; a) colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva; b) promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales; c) ser consultados por los empresarios, con carácter previo a su ejecución acerca de las decisiones a que se refiere el artículo 33 de la L.P.R.L. (planificación y organización del trabajo en la empresa en lo que afecte a la salud y seguridad de los trabajadores; organización y desarrollo de actividades de prevención, entre otros); d) ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Paralelamente a lo mencionado con anterioridad, en las empresas o centros de trabajo que posean 50 o más trabajadores, se deberán constituir comités de seguridad y salud, los cuales

⁶⁰⁸ «Artículo 33.- Consulta de los trabajadores. 1. El empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a: a) La planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo. b) La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso [...]»

⁶⁰⁹ «Artículo 34.- Derechos de participación y representación. 1. Los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo. En las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores, la participación de éstos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se regula en este capítulo.»

son «órganos paritarios y colegiados de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (Art. 38 L.P.R.L.). Este órgano estará constituido por los delegados de prevención elegidos por los trabajadores y en igual número de representantes del empleador. El Comité de Seguridad y Salud tendrá las siguientes competencias y facultades; a) participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa, b) promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de riesgos, c) conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos de la empresa; d) conocer los documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo; e) conocer y analizar los daños producidos a la salud o en la integridad física de los trabajadores; f) conocer e informar la memoria y programación anual de los servicios de prevención.

Estas son, a grandes rasgos, las normas sobre participación de trabajadores que posee la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Al respecto, si bien se establecen varios mecanismos para la participación de los trabajadores, no existen necesariamente garantías para que dicha participación sea efectiva. En efecto, la participación de los trabajadores se hace a través de representantes, y se reconoce respecto de estos representantes la facultad de colaborar en la política de prevención de riesgos en la empresa. Sin embargo, al establecerse como facultad no existe claridad sobre la incidencia efectiva que estos representantes (delegados de prevención) tendrán realmente en la política de prevención, así como tampoco existe claridad, respecto de la forma y la oportunidad en que los trabajadores canalizarán su participación a través de dichos representantes. Desde ese punto de vista, las normas que establecen participación de los trabajadores, podrían quedar en un plano meramente declarativo.

Un paso más adelante da el artículo 38 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al establecer los Comités de Seguridad y Salud, entregándoles la facultad de «participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa». En este caso existe un mecanismo más concreto de participación de los trabajadores a través de los representantes, pero aún falta una regulación del diálogo entre representante y representado, que establezca una mayor fluidez en la comunicación de los trabajadores con sus delegación de prevención, estableciendo por ejemplo, la obligación

de sesionar con una determinada regularidad, así como la obligación de protocolizar dichas sesiones, y establecer mecanismos de remoción y censura a los delegados de prevención, por parte de los trabajadores representados. De esa manera se podrá democratizar aún más la figura de delegado de prevención, con miras a una mayor participación de los trabajadores representados en las políticas de prevención. Pero sin esta democratización, que induzca a una mayor incidencia de los trabajadores en la política de prevención de riesgos profesionales, no se puede afirmar que nos encontremos en presencia de un sistema de autorregulación reglada en España.

Capítulo V. Elementos distintivos para un modelo de regulación reglada en Chile.

Conclusiones generales

1. El ordenamiento jurídico chileno establece un deber de seguridad del empleador en beneficio de sus trabajadores, que forma parte del contenido no patrimonial del contrato de trabajo y por tanto, aunque no se explicita en él, existe, en los términos del artículo 184 del Código del Trabajo.

Este precepto de rango legal exige al empleador ser *eficaz* en la protección de la vida y salud de sus trabajadores, manteniendo condiciones *adecuadas* de higiene y seguridad, para lo cual debe proporcionarles elementos de protección *necesarios*. Tanto la eficacia, como la adecuación y la necesidad son conceptos jurídicos indeterminados, que deben configurarse en casos concretos teniendo en consideración las operaciones del empleador que estén bajo su control, como plantea el Convenio 155 de la OIT, puesto que es lo que el empleador puede intervenir y mejorar, a partir del ejercicio de su poder de dirección.

No se trata, como hemos sostenido, de un deber de seguridad conducente a un sistema de responsabilidad objetiva, vale decir, calificada por el resultado dañoso obtenido, debido a que el estatuto que rige en esta materia en Chile es el de la responsabilidad por culpa, por la remisión que el artículo 69 de la Ley N°16.744 efectúa al derecho común. Mayoritariamente así lo plantea la dogmática nacional.⁶¹⁰

No tendría un sentido protector verdadero el considerar que se trata de un deber de resultado, además, porque el trabajador es parte del proceso productivo, es parte interesada, y le asisten también deberes de seguridad. Sin embargo, hemos demostrado que nuestros tribunales de justicia resuelven una y otra vez aplicando un estándar similar al de la responsabilidad estricta, al terminar atribuyendo responsabilidad al empleador por los resultados dañosos de un accidente del trabajo o enfermedad profesional, pues no tienen otro camino que calificar por el resultado obtenido, ante la ausencia de elementos que le permitan evaluar el grado de cumplimiento de dicho deber. No es posible dejar de ver que dichas prácticas jurisprudenciales, basadas en la exigencia de eficacia en el deber de

⁶¹⁰ Ramón Domínguez Águila, «Los accidentes del Trabajo, Historia y visión general de su régimen actual». En Rodríguez Pinto, María Sara y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. (Universidad de los Andes: Cuadernos de Extensión Jurídica n° 20, 2011), 23-24, ver también Barros, *Tratado...*, 704-705.

protección al empleador, no se despegan de la antigua fundamentación de la responsabilidad del empleador, basada en la teoría del riesgo profesional. Dicha teoría a su vez, objetivaba la responsabilidad del empleador, con miras a producir un efecto disuasivo que lo motivara a prevenir con eficacia los riesgos laborales. Y esta óptica, en la práctica, ha incentivado la litigación en los tribunales de justicia, más que una inversión en prevención de riesgos.

Esta tesis plantea que la manera correcta de motivar al empleador a prevenir con eficacia los riesgos laborales, es construir un sistema auto gestión regulada de riesgos laborales, que otorgue herramientas efectivas al empleador y a los trabajadores, para diagnosticar los riesgos, crear un plan de prevención y evitar en definitiva dichos riesgos laborales. Sólo una política basada en la prevención puede motivar a la efectiva protección del trabajador y ser consecuente con los fines del derecho del trabajo inspirados precisamente en el principio protector.

Adicionalmente, un tipo de responsabilidad basado en el resultado, difícilmente puede motivar a la prevención por parte del empleador, pues el empleador será responsable con independencia del nivel de cuidado que emplee en la prevención de riesgos laborales, lo que lo inducirá a contratar seguros contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, externalizando el *out put* que las indemnizaciones reparatorias generan. Por otro lado, al oscurecer el hecho que al estar basado el sistema de responsabilidad del empleador en un obligación de medios, se oscurece al mismo tiempo cuáles son los *medios* que deben emplearse, lo que redundando directamente en la omisión sobre una política real de prevención de riesgos, que los diagnostique, planifique ex ante, no a posteriori mediante indemnizaciones reparatorias.

En este sentido, la interposición de demandas indemnizatorias y la aplicación de sanciones por la autoridad administrativa, deben ser vistos como un fracaso en la protección de los derechos fundamentales que se busca proteger: la vida y salud de los trabajadores.

2. En el caso de los organismos administrativos destinados a fiscalizar la eficacia de las normas sobre prevención de riesgos, usan profusas fuentes normativas (leyes, reglamentos, circulares, oficios, dictámenes), muchas de las cuales usan conceptos jurídicos indeterminados (partiendo por el artículo 184 del Código del Trabajo), que afectan la

previsibilidad de las sanciones a aplicar a los empleadores. La vaguedad de dichos conceptos es defendida por la doctrina administrativa, en tanto garantía de flexibilidad y de adaptación de la normativa a los cambios espontáneos que se dan en la realidad.

Sobre lo anterior debe señalarse que efectivamente no se puede exigir el mismo nivel de previsibilidad que se espera de las sanciones penales, a través de una aplicación irrestricta del principio de tipicidad propio del derecho penal, por lo tanto, aparece como inevitable que la aplicación de las normas deba contar con un cierto rango de interpretación, para aplicar las normas a hechos que si bien no están reconducidos a su tenor literal, si puedan reconducirse a la intención de la norma. Sin embargo, este inevitable relajamiento del principio de tipicidad en el caso de las sanciones administrativas, aparece desprovisto de plausibilidad en un contexto de sobrerregulación normativa, en que el empleador está sujeto a exigencias normativas de diversa índole, interpretadas y reinterpretadas constantemente por diversos organismos administrativos, normativa que a su vez intenta regular una cada vez más cambiante y creciente realidad en cuanto a riesgos laborales se refiere. Ante tal enjambre normativo e interpretativo, el empleador no puede sino pedir cierto nivel de previsibilidad.

Una manera de racionalizar la cambiante realidad de los riesgos laborales y evitar en la medida de lo posible la arbitrariedad judicial en la aplicación de sanciones, es acercar cada vez más el modelo de gestión de riesgos laborales a empleadores y trabajadores, de manera tal que se vean obligados a efectuar un diagnóstico de los riesgos laborales, a efectuar un plan de prevención de dichos riesgos, y a realizar una permanente reevaluación de los riesgos a los que está afecta la actividad productiva y a la revisión constante de la eficacia de los planes de prevención. De esa manera, en vez de ser el empleador un sujeto pasivo de obligaciones impuestas por una profusa e interminable regulación administrativa, es agente activo en la elaboración del plan de prevención de riesgos y de su adaptación ante los cambios en la industria y los nuevos riesgos laborales. Así, gran parte del modelo de prevención será de su propia creación y de los trabajadores, lo que de alguna manera soluciona el problema de la previsibilidad de las sanciones administrativas, pues será sancionado si no establece dicho plan de prevención de riesgos, o si no sigue su propio plan de prevención, en cuyo caso será sancionado por no seguir sus propias normas.

Adicionalmente, la previsibilidad de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, sería mucho mejor servida si el propio empleador, en conjunto con los trabajadores, se ocupa de actualizar los planes de prevención ante los cambios de la industria y de los nuevos riesgos que trae con ella, en vez de esperar la interpretación de los organismos administrativos sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados.

Hechas estas constataciones, el paso siguiente es ubicar en el sistema normativo chileno, indicadores o elementos que permitan concretar en la realidad de cada empresa los deberes de seguridad que hemos referido.

Ante la ausencia de normas reglamentarias más concretas en prevención de riesgos, hemos recurrido a los principios, en tanto fuentes del Derecho del Trabajo y reconocemos como tales al protector, del cual deriva el preventivo, en lo que nos interesa, como base para un modelo de autorregulación reglada. El principio preventivo dará concreción a la eficacia exigida por el artículo 184 del Código del Trabajo, porque en su virtud han de diagnosticarse los riesgos, establecerse medidas preventivas y evaluar los resultados del plan de prevención de riesgos.

Intentaremos proponer un modelo de protección que, sobre la base de las normas positivas existentes – y quizás alguna nueva que lo faculte – incentive a los sujetos de la relación laboral a identificar los riesgos que puedan afectarlas,⁶¹¹ para proponer medidas preventivas concretas a las operaciones del respectivo lugar de trabajo, cuya eficacia ha de ser evaluada continuamente, todo lo anterior sobre la base de un sistema normativo de autorregulación regulada.⁶¹² Todo ello en atención a que no es misión de la ley regular estas particularidades, que si bien son perfectamente conocidas por empleadores y trabajadores, escapan al control del legislador.

⁶¹¹ Caristina Robaina Aguirre; Marianne Doos; Ibis Ávila Roque y Carmen M. González, «Trabajo de intervención para la prevención de accidentes en empresa constructora». *Revista Cubana de Medicina General Integral* 17 (2001): 602; «Es posible organizar actividades con la finalidad de aumentar el conocimiento de los trabajadores, los dirigentes y el GSS. Los errores técnicos pueden ser prevenidos solamente si la persona que está en el ambiente puede controlarlos, por lo que las personas (error humano) tienen que conocer con anterioridad cómo identificarlos».

⁶¹² Un sistema de regulación en que los trabajadores o representantes de los trabajadores estén involucrados; ver Joaquín Nieto, «Enfermedades laborales, una pandemia que requiere prevención». *Medicina y Seguridad del Trabajo* 60 (2014): 3; «La cuarta es la cooperación. Sin la cooperación tripartita entre los propios constituyentes de la OIT, compuestas por gobiernos, organizaciones empresariales y sindicatos de trabajadores, la prevención de las enfermedades laborales es imposible».

3. Un modelo de prevención de riesgos laborales basado en la autorregulación reglada, desafía los conceptos tradicionales del derecho, en virtud del cual existe un poder judicial, como parte del aparato del Estado, que da solución de manera simbólica y autoritativa a los conflictos al interior de los distintos subsistemas sociales, y que dicha solución tiene como fuente normas abstractas y universales expedidas por parte de un poder legislativo, que actúa en representación de la agencia política del pueblo, el cual ejerce su dominación sobre todos los subsistemas sociales diferenciados que se encuentran al interior del Estado. Esta concepción tradicional del derecho, supone que existe una agencia política imputable a una comunidad-estado-nación, que tiene el poder de auto otorgarse su propia regulación, sin antes exponer en términos discursivo-procedimentales las distintas concepciones políticas, éticas y morales en competencia al interior de este sistema, denominado Estado. La decisión final adquiere la forma de normas abstractas y universales, aplicables por jueces que solucionan los conflictos entre particulares, pues estos están tan inmersos en el conflicto que son incapaces de darle solución de manera imparcial y objetiva.

Lo que esta tesis plantea, es que el discurso de auto justificación del Estado se está haciendo cada vez más débil, ante la existencia de subsistemas sociales diferenciados creciente en número y complejidad, que desafían la posibilidad de que un Estado unitario pueda satisfacer sus demandas de regulación. Ante este escenario, no queda otra alternativa que el Estado vaya entregando poco a poco su monopolio regulativo en favor de dichos subsistemas sociales diferenciados, permitiéndoles resolver sus propios conflictos en cuanto a la determinación de la forma específica de regulación. Todo ello, eso sí, en un contexto de regulación reglada, de manera tal que las diversas concepciones al interior de los subsistemas sociales diferenciados tengan espacio, a la manera de la democracia procedimental y deliberativa, pero bajada desde el estado legislativo a los referidos subsistemas.

4. No es posible desconocer la existencia de principios al interior de cada ordenamiento jurídico. En efecto, así como Dworkin ve la interpretación judicial constitucional, como la actividad en virtud del cual el juez debe mirar la Constitución como un todo, y atender a los lineamientos dominantes que estructuran la Constitución, de la misma manera debe caracterizarse la interpretación judicial de cada subsistema jurídico en particular, esto es, el

juez ante casos difíciles y oscuros debe mirar las directrices o lineamientos dominantes de cada área del derecho, siendo dichos lineamientos dominantes y directrices lo que normalmente se denomina principios. De esta manera, no es cierto que el juez deba resolver lagunas o vacíos normativos sobre la base de la más amplia discreción, sino que debe necesariamente atender a la visión o intención normativa de cada ordenamiento jurídico, contenida en sus principios, y extraer de él las consecuencias jurídicas para el caso concreto.

5. Así, un principio tiene una función normativa, en tanto el juez está obligado a atender a dichos principios en el caso de lagunas normativas, así como también posee una función interpretativa, en el caso de normas oscuras en su intención o redacción. Pero la función de un principio no acaba allí, también tiene una función informadora, pues el legislador al momento de producir modificaciones a un subsistema jurídico en particular, debe atender a los principios sobre los que reposa dicho ordenamiento jurídico, con objeto de tender a cumplir de manera cada vez más perfecta el mandato de dichos principios. Además, el carácter obligatorio de los principios obliga al legislador a no subvertir la rama del derecho que está modificando, a menos que el legislador argumente que los principios ya no son válidos, en cuyo caso, la carga de la argumentación recae sobre él, y tendrá que convencer de dicha falta de validez. De lo contrario, sigue estando obligado por dichos principios. Lo mismo ocurriría en el caso que, si bien las modificaciones legales no subvierten la rama del derecho específica, si introducen matices y modificaciones al alcance de los principios sobre los que se funda la rama del derecho, en dicho caso, también recae sobre el legislador la carga de argumentar por qué es necesario tal matiz o modificación.

Luego, un principio tiene una función delimitadora, pues al mismo tiempo que los principios de cada rama del derecho le confieren identidad, lo diferencia del resto de las ramas del ordenamiento jurídico, en especial de aquellas respecto de las cuales se ha desprendido históricamente.

6. Es indudable que el principio que otorga validez al Derecho del Trabajo es el principio protector, el cual cumple las cuatro funciones detalladas más arriba. Posee una función normativa el caso de lagunas normativas, así como una función interpretativa en el caso de

normas obscuras en intención y redacción, el cual se materializa a través del denominado *in dubio pro operario*. Al mismo tiempo, posee una función informadora, pues las modificaciones legales al Derecho del Trabajo deben tender hacia el cumplimiento cada vez más efectivo del principio protector, así como establece una carga de la argumentación hacia el legislador, en el caso de que las modificaciones impliquen matices o modificaciones al contenido de dicho principio o su subversión definitiva. Finalmente, cumple una función delimitadora, pues el principio protector lo distingue del resto de los ordenamientos jurídicos, en especial de aquel que se ha desprendido históricamente, el Derecho Civil. En efecto, el Derecho del Trabajo trata de matizar los principios sobre los que se basa el Derecho Civil, como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, asumiendo que el contexto en el que se encuentre el trabajador (subordinación y dependencia económica) hace menos plausible de su parte el uso adecuado de la autonomía de la voluntad y libertad contractual. De esa manera, *protege* al trabajador dictando una serie de normas de orden público, irrenunciables para él, a través de los cuales trata de reconstruir el equilibrio contractual perdido.

7. Una de las normas de orden público, irrenunciables para el trabajador, es aquella que obliga al empleador a proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, dado que se entiende que es el empleador, dueño del proceso productivo, quien está en posición de mantener las condiciones de higiene y seguridad en la empresa o faena. Sin embargo, el principio protectorio, útil hasta el momento, se muestra insuficiente en su función normativa e informadora, respecto de las condiciones en que dicha protección eficaz debe llevarse a cabo, esto es, señala que los trabajadores deben ser protegidos en su vida y salud respecto de los riesgos laborales, y dice al mismo tiempo que dicha protección debe ser eficaz, pero nada dice acerca de qué herramientas son las que deben usarse para llevar a cabo dicho mandato.

Ante la inexistencia de un sistema normativo específico en Chile para hacer frente a los riesgos laborales, nos quedamos simplemente con un ordenamiento jurídico que ordena reparaciones a posteriori o establece sanciones administrativas por el incumplimiento de obligaciones que son más bien documentales, y nada se dice acerca de la forma más eficiente para prevenir dichos daños. Es decir, se señala que deben evitarse los daños, se

ordena que dicha evitación debe ser eficaz, pero nada se dice acerca la forma de lograr dicha eficacia.

8. Es acá donde surge el aporte de los principios, pues el sistema de protección frente a los riesgos laborales, ordenado por el principio de protección del trabajador, deviene en el principio de prevención de riesgos laborales, en virtud del cual el empleador -en conjunto con los trabajadores- debe efectuar una evaluación de los riesgos a los que están afectos, así como crear un plan de prevención para hacer frente a dichos riesgos. De esa manera, el empleador queda obligado, además de la heterorregulación que establece condiciones de vida, higiene y salud específicas que deben cumplirse, a la autorregulación propia, en cuanto a la evaluación de los riesgos que haya efectuado y al seguimiento del plan de prevención que haya acordado en conjunto con los trabajadores. Los trabajadores, por otro lado, además de la participación en la confección de la evaluación de dichos riesgos y en el plan de prevención mismo, quedan obligados a prestar su cooperación al empleador, en el cumplimiento de la obligación de la evaluación y en el cumplimiento de las normas mismas de prevención que hayan sido otorgadas a través del plan de prevención. Obviamente, la prevención en este caso, debe elevarse a la categoría de principio o lineamiento dominante de las normas de autorregulación regulada de riesgos laborales, y prestar su servicio de complementación al principio protectorio, en orden a construir un ordenamiento jurídico que establezca las bases de la eficacia en la protección del trabajador en los riesgos laborales.

9. Este plan de prevención, única forma de dar contenido real a la prevención de riesgos laborales, debe, naturalmente, provenir de la empresa misma. Nadie más que la empresa puede evaluar los riesgos laborales a los que está afecta, por lo tanto, debe construirse en este punto un sistema de autorregulación reglada. Autorregulación, pues el empleador –en conjunto con los trabajadores- es quien debe evaluar los riesgos laborales a los que está afecta la empresa, así como crear el plan de prevención tendiente a eliminar o reducir los riesgos de la empresa. Reglada, pues son las normas legales, basadas en el principio preventivo, las que deben establecer las condiciones para que el empleador y trabajadores,

efectúen las evaluaciones de riesgos laborales y confeccionen el plan de prevención de riesgos laborales, así como sus modificaciones.

10. En consecuencia, es el subsistema social diferenciado de la empresa, quien debe por sí mismo regular los riesgos laborales a los que está afecto la misma, bajo los contornos y exigencias impuestas por la legislación, lo que lo acerca a las formulaciones teóricas de un sistema de autorregulación reglada. En dichas formulaciones, al ir perdiendo el Estado legitimidad y capacidad para determinar por sí mismo las condiciones normativas específicas de un subsistema social diferenciado, cada subsistema debe producir sus propias condiciones normativas, pero bajo el alero de la legislación, que debe limitarse a establecer las condiciones procedimentales necesarias para que dicha autoproducción de condiciones normativas, tome en consideración todas las concepciones y propuestas normativas al interior de cada subsistema social, y evitar el monopolio y la arbitrariedad en la confección de la autorregulación.

Así, se han analizado las condiciones específicas de dicho sistema de autorregulación reglada, tendiente a evaluar los riesgos laborales y crear el plan de prevención de riesgos pertinente, partiendo por una revisión del modelo comparado elegido, contenido en de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo Europeo, de 12 de junio de 1989, y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española, de 1995.

11. El deber de seguridad del empleador en la Unión Europea y en particular en España, se ha consagrado con una prevalencia de los bienes jurídicos que lo sustentan, esto es, la vida y salud de los trabajadores.

La seguridad y salud en el trabajo se ubica en la CE dentro de la política social y económica, lo que no obsta a que sea considerado un derecho fundamental por la dogmática, estrechamente vinculado con el derecho a la vida y la salud de los trabajadores.

La protección de la seguridad y salud en el trabajo se sitúa en un contexto que busca el no riesgo, la ausencia de riesgo, imperando el principio de la máxima seguridad tecnológicamente factible, a diferencia de otros modelos europeos.

En España, el principio preventivo, como necesario complemento del principio protector en el Derecho del Trabajo, tiene la capacidad de modificar la perspectiva acerca de la

regulación de la seguridad y salud de los trabajadores, pasando de la reacción a posteriori a través de las normas sobre responsabilidad laboral e infracciones administrativas, a un tratamiento a priori que opera directamente sobre las condiciones de riesgo en que laboran los trabajadores. Con ello, el principio preventivo da estructura y fundamento a un sistema de prevención de riesgos laborales, que conmina a empresarios a efectuar una evaluación de los riesgos laborales y crear un plan de prevención de riesgos laborales, por sí mismo, a través de trabajadores designados, como a través de servicios de prevención propios o ajenos. Los trabajadores, por otro lado, tienen el derecho a ser consultados respecto de cada uno de estos procesos, así como pueden fiscalizar, a través de los delegados de prevención como a través del Comité de Seguridad y Salud el cumplimiento efectivo de las políticas de evaluación de riesgos y de planificación de prevención de riesgos laborales.⁶¹³

Un modelo de prevención de riesgos laborales como la L.P.R.L. establece una serie de derechos y deberes a los trabajadores en orden a asegurar su participación y a ser oído en el proceso de evaluación de riesgos y de planificación de la actividad preventiva, así como fiscalizar el cumplimiento efectivo de dichas políticas. Dichas prerrogativas constituyen derechos/deberes, por cuanto constituyen derechos que no pueden ser renunciados, y que van mucho más allá de la mera obediencia al empleador en el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud. Por lo tanto, se incorporan a los conceptos tradicionales del contrato de trabajo, de una manera cada vez menos asimétrica a través de la participación de los trabajadores en el destino de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales.

Finalmente, la participación de los trabajadores se concreta a través de representantes en los comités de seguridad y salud, órganos similares a los comités paritarios de higiene y seguridad chilenos.

⁶¹³ Sobre la influencia del deber de prevención de riesgos laborales en la responsabilidad civil ver Pizá Granados, «Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario. (Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 mayo 2000)». 870; «El empresario, responsable de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, no cumple habitualmente de modo satisfactorio las fases que le incumben del proceso preventivo: evaluación del riesgo, planificación de la actividad preventiva incluyendo la elección de medidas idóneas para evitar o minimizar el riesgo, dotación de los medios adecuados para paliar el riesgo, suministro de la información al trabajador sobre los riesgos específicos y las oportunas medidas preventivas».

12. El establecimiento de un modelo de prevención de riesgos laborales, que finalmente ponga el acento en la actividad preventiva antes que en la actividad reparadora, implica como natural consecuencia, que se decante de una vez por todas en una visión de la responsabilidad civil por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales basada en una obligación de medios, pues de esa manera se pone foco en la actividad preventiva destinada a conseguir un resultado, en vez del mero resultado, obviando las condiciones previas y el proceso para llegar a ese resultado.

Elementos distintivos para un modelo de regulación reglada en Chile

Hemos señalado que, si bien la normativa española no establece un modelo de autorregulación reglada, sí posee notas distintivas que son eficientes a la tarea de diseñar uno en Chile. Esas notas distintivas se encuentran en los artículos 15, 16, 29 y 33 de la LPRL, que transcribimos a continuación:

Artículo 15 Principios de la acción preventiva

1. El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:

- a) Evitar los riesgos.*
- b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.*
- c) Combatir los riesgos en su origen.*
- d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.*
- e) Tener en cuenta la evolución de la técnica.*
- f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.*
- g) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.*
- h) Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.*

i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

2. El empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas.

3. El empresario adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico.

4. La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras.

5. Podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.

Artículo 16. Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva

1. La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente.

Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

2. Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva a que se refieren los párrafos siguientes:

a) El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

b) Si los resultados de la evaluación prevista en el párrafo a) pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

El empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma.

Las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario, como consecuencia de los controles periódicos previstos en el párrafo a) anterior, su inadecuación a los fines de protección requeridos.

2 bis. Las empresas, en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y en los términos que reglamentariamente se determinen.

3. Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos.

Artículo 29 Obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos

1. Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

2. Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular:

1. Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.

2. Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.

3. No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.

4. *Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.*
 5. *Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.*
 6. *Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.*
3. *El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno.*

Artículo 33 Consulta de los trabajadores

1. *El empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a:*
 - a. *La planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo.*
 - b. *La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de*

los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo.

c. La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia.

d. Los procedimientos de información y documentación a que se refieren los artículos 18, apartado 1, y 23, apartado 1, de la presente Ley.

e. El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva.

f. Cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores.

2. En las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, las consultas a que se refiere el apartado anterior se llevarán a cabo con dichos representantes.

Chile debiera incorporar estas normas, sin perjuicio de efectuar ajustes mínimos para adecuarlas a la orgánica local, y aprovechar el órgano fundamental de participación de los trabajadores en seguridad y salud en el trabajo: el comité paritario de higiene y seguridad, cuyas funciones pueden mantenerse tal cual se encuentran establecidas hoy en el artículo 66 de la Ley N°16.744, y que transcribimos a continuación:

1.- Asesorar e instruir a los trabajadores para la correcta utilización de los instrumentos de protección;

2.- Vigilar el cumplimiento, tanto por parte de las empresas como de los trabajadores, de las medidas de prevención, higiene y seguridad.

3.- Investigar las causas de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que se produzcan en la empresa y de cualquiera otra afección que afecte en forma reiterada o general a los trabajadores y sea presumible que tenga su origen en la utilización de productos fitosanitarios, químicos o nocivos para la salud;

4.- Indicar la adopción de todas las medidas de higiene y seguridad, que sirvan para la prevención de los riesgos profesionales;

5.- Cumplir las demás funciones o misiones que le encomiende el organismo administrador respectivo.

El inciso quinto del artículo 66 en comento establece que las empresas estarán obligadas a adoptar y poner en práctica las medidas de prevención que les indique el comité paritario de higiene y seguridad, con lo que se cierra el modelo con una norma que obliga a evaluar los riesgos, a planificar las medidas preventivas en acuerdo con los trabajadores y a vigilar su cumplimiento.

De este modo, el ordenamiento jurídico chileno quedaría en condiciones de operativizar el modelo de autorregulación reglada que hemos estudiado en esta tesis, con mínimos ajustes que se traducirían en una acción real – y no protocolar como es hoy – de los comités paritarios de higiene y seguridad, cuyos lineamientos y recomendaciones serían vinculantes para la empresa.

Bibliografía

- Ackerman, Mario E.. *Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VI-A, Riesgos del Trabajo, Obligación de Seguridad, Accidentes y Enfermedades Inculpables*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, segunda edición ampliada y actualizada, 2013.
- Ayres, Ian and John Braithwaite. *Responsive Regulation, transcending the regulation debate*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1992.
- Agut García, Carmen. «La implicación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales en la empresa». En *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Amparo Garrigués Giménez (Directora), 307-338. Madrid: Editorial Bomarzo, 1ª edición, 2009.
- Alarcón Caracuel, Manuel Ramón. «El impacto de la Ley 31/1995 sobre el contrato de trabajo», en *XIV jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Málaga: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 45-61, 1995.
- Alcalde Rodríguez, Enrique. *Los principios generales del derecho*. Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Alexy, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1994.
- Alexy, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa 5* (1998): 139-151. Disponible en «<http://bit.ly/30IvILM>».
- Alfonso Mellado, Carlos Luis, «La culpabilidad como fundamento de la responsabilidad civil del empresario, en materia de seguridad y salud laboral». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar. *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 955-965.
- Alonso, Luis Enrique, «Pierre Bourdieu, el lenguaje y la comunicación: del análisis de los mercados lingüísticos a la degradación mediática», 31 paginas. Disponible en «<http://bit.ly/2Nen2n5>».
- Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde. *Derecho del Trabajo*, Madrid: Thomson Reuters, vigésimo sexta edición, revisada, 2009.

- Alonso Olea, Manuel y José Luis Tortuero Plaza. *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Civitas Ediciones, 17ª edición, 2000.
- Alvarez Cuesta, Hernán. *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*. España: Editorial Bomarzo, 2016.
- Andorno, Roberto. «Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos» en Romeo Casabona, Carlos (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Editorial Comares: 2004.
- Anzures Gurría, José Juan. «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales». *Cuestiones constitucionales* 22 (2010): 3-51. Disponible en «<http://bit.ly/2Rgaf3D>».
- Arce y Flores Valdés, Joaquín. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. España: Civitas, 1990.
- Arufe Varela, Alberto. «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre incumplimientos por los estados miembros de sus deberes de transposición de las directivas marco y específicas en materia laboral». En *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 221 (2009): 8-13.
- Atria, Fernando. «Lo que importa de los principios», en *Principios Jurídicos; Análisis y Crítica*, Coordinadores, Flavia Carbonell, Rodrigo Coloma, Raúl Letelier, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Universidad Alberto Hurtado, 2011.
- Atria, Fernando. «Sobre la soberanía y lo político». *Derecho y Humanidades* 12 (2006): 47-93. doi:10.5354/0719-2517.2011.16197.
- Atria, Fernando. «El Derecho y la Contingencia de lo Político». DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho: Universidad de Alicante, 2005.
- Atria, Fernando. «Jurisdicción e Independencia Judicial, El poder judicial como poder nulo». *Revista Estudios de la Justicia* 5 (2004): 119-141. doi:10.5354/0718-4735.2011.15049.
- Atria, Fernando. «La Ironía del Positivismo Jurídico». DOXA, Cuadernos de Filosofía del derecho 24, (2004).
- Atria, Fernando. «Las circunstancias de la derrotabilidad». *Revista de Ciencias Sociales* 45, Edeval, (2000).

- Baraona González, Jorge. «La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas». En Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Antos), n.º 20, (2011): 147-181.
- Barbagelata, Héctor Hugo, *Los principios de Derecho del Trabajo de Segunda Generación*, 1-14.
- Barros, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Bayón, Juan Carlos, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico». *Isonomía 13* (2000): 87-117.
- Beriain, Josetxo y José María García Blanco. Introducción a *Complejidad y Modernidad*, de Niklas Luhmann. Editorial Trotta, 1998. Disponible en «<http://bit.ly/2YKdmmf>».
- Bauman, Zigmund. *Modernidad líquida*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 3ª reimpresión, 2004.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- Beck, Ulrich. «Teoría de la sociedad del riesgo», en Giddens, A., Bauman, Z., Luhmann, N. y Beck, U., *Las consecuencias perversas de la modernidad, Modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Ed. Anthropos, 1996.
- Benlloch López, María Cruz y Yolanda Ureña Ureña. *Manual Básico de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2018. Disponible en «<http://bit.ly/2ZwKGhu>».
- Benedicto Rodríguez, Rubén. «Liberalismo y Comunitarismo, un debate inacabado». *Studium, Revista de Humanidades 16* (2010): 201-229.
- Bermúdez Soto, Jorge. «Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública». *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 7: 2012.
- Bobbio, Norberto, *Naturaleza y función de la filosofía del derecho*, EN: Bobbio, Norberto, «Contribución a la teoría del derecho», 2º ed. (trad. y ed. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate), 1990.

- Bourdieu, Pierre y Gunther Teubner. *La Fuerza del Derecho*. Siglo del Hombre Editores, 2000.
- Bourdieu, Pierre. «Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva». Disponible en [«http://bit.ly/2TL0UBZ»](http://bit.ly/2TL0UBZ).
- Bourdieu, Pierre. *Las Estrategias de la Reproducción Social*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- Bourdieu, Pierre. *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2000.
- Bourdieu, Pierre. *El oficio científico. Ciencia de la ciencia y reflexibilidad*. Barcelona: Anagrama, 2003.
- Bernal Pulido, Carlos. Introducción a la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos. *Los derechos fundamentales y la teoría de los principios. ¿Es la teoría de los principios la base adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española*, 2008. Disponible en [«http://bit.ly/2WLcT7s»](http://bit.ly/2WLcT7s).
- Bordalí Salamanca, Andrés. *La independencia judicial en el derecho chileno*. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010.
- Bordalí Salamanca, Andrés, «La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXX (2008): 209.
- Borrillo, Daniel, «Pierre Bourdieu y la sociología del campo jurídico». *Revista de Sociología del Derecho, Sociedad Argentina de Sociología del Derecho*, 1995, s.p.. Disponible en [«hal-01242439»](hal-01242439).
- Brigido, Ana María, «Bourdieu y sus aportes a una sociología del campo jurídico». *Páginas; Revista de la Escuela de las Ciencias de la Educación* 2 y 3 (2002): 119-122. Disponible en [«http://bit.ly/2TIMKBj»](http://bit.ly/2TIMKBj).
- Bruna Castro, C. (s.f.). «¡A tomarse la burocracia! Des –encuentro entre Schmitt y Weber». [Inédito].
- Bruna Henríquez, Roberto, «La violencia del derecho, el derecho a la violencia», tesis para optar al grado académico de Magíster en Filosofía con mención en axiología y Filosofía Política, Universidad de Chile, Facultad de Filosofía y Humanidades, 2011.

- Bunge, Mario. *Buscar la filosofía en las Ciencias Sociales*. Yale University Press (1996), tercera edición en español. México: Siglo XXI editores, 2007.
- Caamaño Rojo, Eduardo y José Luis Ugarte Cataldo. *Negociación Colectiva y Libertad Sindical. Un enfoque crítico*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
- Calvo García, Manuel. «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho», *AFD XXVIII* (2012) 33-53.
- Camas Roda, Ferrán. «La responsabilidad civil por daños en el Derecho del Trabajo». En *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Colección Estudios Laborales, n.º 15, España: Editorial Cinca, 2013: 19-84.
- Camas Roda, Ferrán. *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. España: Tirant Lo Blanch, 2003.
- Carrero Domínguez, Carmen. «La determinación del contenido del deber de seguridad del empresario: el sistema de estándares norteamericano». En *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 34 (1995): 105-120.
- Carmona Caldera, Cristóbal. «Derecho y violencia: reescrituras en torno al pluralismo jurídico». *Revista de Derecho XXII* (2) 2009: 9-26.
- Carnelutti, Francesco. *Metodología del Derecho*, traducción de Ángel Osorio. México, Unión Tipográfica Hispano-Americana, 1940.
- Carrasco Martín, Jordi y Albert Azagro Malo. «Responsabilidad empresarial por accidentes laborales causados por cintas transportadoras; comentario a la sentencia STS. 1º, 6.11.2002», *InDret* 4 (2003): 1-14.
- Carrillo López, Aurelia, «La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo». Tesis doctoral: Universidad de Granada, 2014.
- Carvajal, Jorge, «La Sociología Jurídica y el Derecho». *Prolegómenos, Derechos y Valores* 27 (2011) 108-119. Disponible en «<http://bit.ly/33LxVCL>».
- Casas Bahamonde, María Emilia. «La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales: objetivos, características formales y principales novedades». En *XIV jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Málaga: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1995: 15-44.

- Casillas, Miguel Ángel. «La Sociología de Pierre Bourdieu». En *Teoría Sociológica Contemporánea: un debate inconcluso* (comp: Adriana García Andrade). México: Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, 2003: 71-81.
- Castells, Manuel. *La Sociedad red*. España: Alianza Editorial, 3º ed., vol. I, 2005.
- Castón Boyer, Pedro. «La sociología de Pierre Bourdieu». *Reis, Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 76, (1996) 75-97. Disponible en «<http://bit.ly/2MzXfX9>».
- Castro Argüelles, María Antonia. «Seguridad y Salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE y directivas complementarias)». En *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, 2005: 394-411.
- Centro de Estudios Constitucionales. «Sistema jurídico y dogmática jurídica», trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid, 1983.
- Cerón Torreblanca, Cristián. «Historia de la Prevención de Riesgos Laborales en España». *Baetica. Estudios de Arte, Historia y Geografía*, n.º 33 (2011): 399-411.
- Chávez, Miguel, Juan Miguel y Francisco Mujica. «Orden social y orden jurídico: la observación de Niklas Luhmann sobre el derecho», en *Sociológica* 81 (2014): 7-38. Disponible en <http://bit.ly/2T9m4JE>.
- Clerc, J.M., *Introducción a las condiciones y al medio ambiente de trabajo*. Ginebra: OIT, 1987.
- Coloma Correa, Rodrigo. «Los principios como analgésicos ante lagunas, inconsistencias e inequidades de los sistemas jurídicos». En Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica*. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, (2011).
- Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el recurso al principio de precaución. Disponible en «<http://bit.ly/2Y8rbQa>».
- Contreras, Sebastián. «Derecho positivo y derecho natural: una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación». *Kriterion: Revista de Filosofía*, 54 ((2013): 43-61. Disponible en «<http://bit.ly/2IhgX6j>».

- Cordero Quinzacara, Eduardo. *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el derecho chileno*. Chile: Legal Publishing Chile, 2014.
- Cordero Quinzacara, Eduardo. «Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. XLII, 2014.
- Cordero Vega, Luis, «La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora de día después». En *Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales* N° 1 (2010): 165-188.
- Corral Talciani, Hernán. *Como hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Cortina, Adela. Fundamentos filosóficos del principio de precaución, en Romeo Casabona, Carlos (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Granada: Editorial Comares, 2004.
- Cruz Villalón, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 7° ed.. 2014.
- Cruz Villalón, Jesús. «Ambiente de trabajo y nuevas técnicas normativas». *Relaciones Laborales*, n.º 10 (2006): 341-361.
- Cruz Villalón, Jesús y Carmen Jover Ramírez. «La responsabilidad de seguridad social en materia de prevención de riesgos laborales». En *Temas Laborales, España*, n.º 50 (1999): 245-273.
- Darnaculleta i Gardella, María Mercé. «La autorregulación regulada en la doctrina anglosajona y continental-europea». En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores). *Autorregulación y Sanciones*. España: Thomson Reuters; Aranzadi, 2015.
- Darnaculleta i Gardella, María Mercé. *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- Daubler, Wolfgang. «El futuro del Derecho del Trabajo: consideraciones desde una perspectiva alemana». En *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*. España: Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006: 57-77.

- Dávila Londoño, Luis Felipe, «El derecho y la violencia: una polémica relación pensada desde Nietzsche y Foucault», *Revista CES Derecho* 6 (2015) 108-120. Disponible en «<http://bit.ly/2NnuMTI>».
- De la Cruz Millar, Alicia. *Contraloría General de la República: ¿jurisdicción contenciosa administrativa?* Santiago: ediciones Der, 2019.
- De la Villa Gil, Enrique y Lourdes López Cumbre (Directores). *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003, 423 páginas.
- Diez Schwerter, José Luis. «Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales». *Revista de Derecho XXXI*. 2º semestre, 2008.
- Diez Schwerter, José Luis. «La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales». *Cuadernos de Extensión Jurídica* 10, Universidad de los Andes (2005) 73-97.
- Dodds Berger, Daniel Alejandro. «Paradigmas del Derecho, Reflexión y Derechos Sociales». *Derechos y Humanidades* 18 (2011) 99-111.
- Domínguez, Héctor. «Democracia deliberativa en Jürgen Habermas». *Analecta política* 5 (2013): 301-326.
- Domínguez Águila, Ramón. «Los accidentes del Trabajo, Historia y visión general de su régimen actual». En Rodríguez Pinto, María Sara y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes), n.º 20 (2011): 21-36.
- Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil*. Parte General, 4º edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Dueñas I Cid, David. «Cambio climático y globalización», en Monereo Pérez José Luis y Pilar Rivas Vallejo, coord., *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Granada: Editorial Comares, 2011.
- Durán López, Federico. *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Secretaría General Técnica, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, España, 2001, 320 páginas.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Ariel Derecho, 1999.

- Dworkin, Ronald (s.f.). «La Lectura Moral y la Premisa Mayoritarista». Disponible en <<http://bit.ly/2Mq8rV2>>.
- Ermida Uriarte, Oscar. «Responsabilidad social de la empresa: ¿Ética, marketing o Derecho?». *Revista Derecho PUCP*, n.º 64 (2010): 82-98.
- Esteve Pardo, José. «Prólogo a Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada», de María Mercé Darnaculleta i Gardella. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- Ezquerro Escudero, Luis. «La importancia de los riesgos ambientales y la salud laboral en las empresas». Visión sindical, en Monereo Pérez José Luis y Pilar Rivas Vallejo coord. *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Granada: Editorial Comares, 2011.
- Feenstra, Ramón A. *El Concepto de Sociedad Civil en Michael Walzer*, Disponible en <<http://bit.ly/2LK7bLL>>: 1-9.
- Fernández Avilés, José Antonio. «Gestión de la empresa y gestión de los riesgos». En Monereo Pérez José Luis y Pilar Rivas Vallejo, coord., *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Granada: Editorial Comares, 2011.
- Fernández Avilés, José Antonio, *El accidente de trabajo en el sistema de seguridad social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*. Barcelona: Atelier, 2007.
- Fernández Bermúdez, Juan, «A los cien años de la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, arbitrio judicial versus positivismo jurídico». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar. *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 25-55.
- Fernández Collados, María Belén. *La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (2014): 434 páginas.
- Fernández Rozas, José Carlos. «Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales». En *Derecho de la regulación económica, vol. VIII, Comercio Exterior*, (J.V. González García, Director). Madrid: Iustel, 2009: 83-137.
- Fernández Toledo, Raúl. «Poder disciplinario del empleador: configuración jurídica de la falta laboral cometida por el trabajador dependiente». *Ius et Praxis*, 21 (2015): 267-316.

- Fernández Toledo, Raúl y Pedro Contador Abraham. «Principios del derecho administrativo sancionador en la normativa sobre prevención de riesgos laborales». *Actualidad Jurídica Universidad del Desarrollo*, año XVI, N° 31 (2015)311-337.
- Foucault, Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*. Disponible en «<http://bit.ly/2KM7gOM>».
- Foucault, Michel. *Defender la Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Franco González, Joan. «Seguridad y salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales. Conceptos básicos». En *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*. Amparo Garrigués Giménez (Directora). Madrid: Editorial Bomarzo, 1ª edición, 2009: 21-44.
- Fuenzalida Martínez, Patricia, «Sistema de protección frente a los riesgos laborales en el derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 13 (2016): 127-147. doi:10.5354/0719-7551.2016.42506.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo I*. España: Thomson Civitas, 2004.
- Gaete Berríos, Alfredo. *Principios generales de derecho del trabajo*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1951.
- Gamonal Contreras, Sergio. *El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2013.
- Gamonal Contreras, Sergio. *Derecho Colectivo del Trabajo*, 2º edición revisada y actualizada. Santiago: Abeledo Perrot; Legal Publishing Chile, 2011.
- García Amado, Juan Antonio. «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy». En Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica*. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011.
- García Amado, Juan Antonio, *Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores*, 1-25. Disponible en «<http://bit.ly/2kb0SWN>».
- García Amez, Javier. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- García González, Guillermo, «El complejo sistema de responsabilidades en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo: su aplicación a los técnicos de prevención de riesgos

- laborales», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. España, n.º 2 (2011): 673-702.
- García Martínez, Roberto. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: teoría general de los principios e instituciones del derecho y de la seguridad social*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- García Murcia, Joaquín. «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo». En *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. España, n.º 395 (2016): 87-100.
- García Murcia, Joaquín. *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Aranzadi, Navarra, 2000.
- García Murcia, Joaquín. «Seguridad y salud en el trabajo, el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales». En María Emilia Casas Baamonde, Manuel Carlos Palomeque López y Fernando Valdés Dal-Ré (coordinadores). *Régimen de Responsabilidades en materia de seguridad y salud*. Madrid: La Ley-actualidad, 1997.
- García Ninet, José Ignacio (dir.), Barceló Fernández, Jesús (coord.), Moreno Cáliz, Susana (coord.). *Manual de prevención de riesgos laborales*. Barcelona: Atelier, 4 ed., 2017.
- García Perrote, Ignacio *et al.* *La regulación del mercado laboral, un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto ley 20/2012*. España: Lex Nova, 2006.
- González, Luis Armando, «Teoría Crítica vs Teoría de Sistemas; la confrontación Habermas-Luhmann», *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* 41 (1994): 794.
- González Labrada, Manuel. *Seguridad y Salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.
- Garriguez Giménez, Amparo. «La Organización del trabajo en la empresa (II). El deber de protección del empresario». En: *Derecho del Trabajo, Editorial Thomson Aranzadi*. Navarra, tercera edición, 2007.
- García González, Guillermo (2007). «Orígenes y Fundamentos de la Prevención de Riesgos Laborales en España, (1873-1907)». Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho. «<http://bit.ly/2GCcv0Z>»

- Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna; un estudio de teoría social*. Madrid España: Siglo XXI editores.
- Gómez Santamaría, Sandra Milena. «El derecho como creencia e imaginación: un acercamiento a los estudios culturales». *Estudios de Derecho* 147 (2009): 34 páginas.
- González Ortega, Santiago. «Indemnización de daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional: [Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2012 (AS 2012, 945)]». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. España, vol. 5 (6): 235-247.
- González Ortega, Santiago. «La responsabilidad por recargo de prestaciones en el caso de concurrencia de actividades: STSJ Navarra 30 diciembre 2011 (AS 2012, 162)». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. España, n.º 2 (2012): 47-68.
- González Ortega, Santiago. «La conexión entre enfermedad profesional y prestaciones por muerte y supervivencia y la posible repercusión de la declaración de una enfermedad profesional sobre la responsabilidad empresarial por daños y recargo de prestaciones». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. España, n.º 10 (2010): 111-122.
- González Ortega, Santiago. «25 años de protección social», en *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica*. España, n.º 2 (2010): 415-451.
- González Ortega, Santiago. «A vueltas con el concepto de accidente del trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo (comentario a sentencia del TS de 27 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1546])». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, España, vol. 1, Nº5, 2008, pp. 63-70.
- González Ortega, Santiago. «Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales», en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*. España: Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006.
- González Ortega, Santiago. «El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos». En *Revista Temas Laborales*. España, n.º 81 (2005): 149-172.
- González Ortega, Santiago. «Seguridad y Salud en el Trabajo (en torno al artículo 19)». En *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, España, n.º 100 (2000): 555-574.

- González Ortega, Santiago y Carmen Carrero Domínguez. «La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». En *Cuadernos de Relaciones Laborales*, España, n.º 14 (1999): 49-68.
- González Ortega, Santiago y Joaquín Aparicio Tovar. «Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales», Editorial Trotta, Madrid, 1ª edición, 1996.
- González Ortega, Santiago. «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución» en *Revista de Política Social, Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid, n.º 121 (1979): 199-226.
- González-Posada Martínez, Elías. «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo: la Directiva 83/391/CEE». En *Revista Actualidad Laboral*. España, n.º 3 (1991): 393-398.
- González Tejedor, Gonzalo. «El Marco Jurídico de la Prevención de Riesgos Laborales en España: principales obligaciones empresariales», 2009. Disponible en «<http://bit.ly/2IT3fpC>».
- González Vicente, Emilio (Director). «20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». *Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, España*, 2015.
- Guastini, Riccardo. *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*. España: Editorial Gedisa. 1999.
- Gutiérrez Pérez, Miguel. *La protección de medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales*. Aranzadi Social, nº 3 (2010): 95-124.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez, sobre el Derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Habermas, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Katz Editores, 2008.
- Hart, Herbert. «Discretion». *Harvard Law Review*, Vol. 127 (2013): 652.
- Hart, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- Hernández Arteaga, Laura. «La teoría de sistemas sociales de Niklas Luhmann en México. Una aproximación». *Perspectivas internacionales* 1, 2011: 101-136. Disponible en «<http://bit.ly/30ztHvK>».

- Hevia-Campomanes Calderón, Enrique y otros. *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Incapacidad temporal por contingencias comunes*. Editorial Colex, Madrid, 3ª edición, 2000.
- Hinestrosa, Fernando. «Notas sobre la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones». *Revista de Derecho Privado* 36 (2019): 5-25. Disponible en «<http://bit.ly/2H6dZAS>».
- Hobbes, Thomas. *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.
- Honneth, Axel. *El derecho de la libertad, esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Katz editores, 2014.
- Jiménez de Parga, Patricia. *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: La Ley, 2001.
- Igartúa Miró, María Teresa. *Sistema de prevención de riesgos laborales*. Madrid: Tecnos, 3º ed., 2015.
- Igartúa Miró, María Teresa. *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2º edición, 2011.
- Igartúa Miró, María Teresa. «Nuevas tendencias en seguridad y salud en el trabajo: buenas prácticas versus aplicación meramente formal de la norma jurídica». En Ramírez Bendala, María Dolores (dir.). *Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (III)*. España: Ediciones Laborum, 2015.
- Igartúa Miró, María Teresa. *La Obligación general de seguridad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Islas Montes, Roberto. «Principios jurídicos». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* XVII (2011): 397-412.
- Kelsen, Hans. *El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*. España: editorial Reus, 2009.
- Kervégan, Jean-François (sf). «¿Una eticidad sin ética? observaciones sobre el “teorema de Böckenförde” y su utilización en Habermas y Honneth». [Inédito]
- Kuhn, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, 1962.

- Lanata Fuenzalida, Gabriela. «El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental». En *Cincuenta años de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Homenaje*. Legal Publishing, Santiago, 2011.
- Lechner, Norbert. «Son compatibles modernidad y modernización? El desafío de la democracia latinoamericana». *Documento de trabajo programa Flacso-Chile*, n.º 440, Marzo de 1990, 22 páginas.
- Londoño Martínez, Fernando. «Tipicidad y legalidad en el derecho administrativo-sancionatorio». *Revista de Derecho* (Valdivia). XXVII (2014): 160.
- López García de la Serrana, José Manuel (Director). «Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios». *Consejo General del Poder Judicial*, 2005, 238 páginas.
- López Gandía, Juan y José Francisco Blasco Lahoz. *Curso de prevención de riesgos laborales*. [Recurso electrónico]. España: Editorial Tirant Lo Blanch, 16ª edición, 2015, 414 páginas.
- Lozano Lares, Francisco. *El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral*. Madrid: Editorial Cinca, 2014.
- Lozano Lares, Francisco. «El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral. Un análisis tipológico». *Colección de Estudios Laborales*, n.º 17, Editorial Cinca, España, 2014, 367 páginas.
- Lubomira Kubica, María. *El riesgo y la responsabilidad objetiva*. Tesis doctoral Universitat de Girona, 2015.
- Ludovico, Giuseppe. «Orígen y Evolución del Seguro Obligatorio de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en Italia». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 15 (2017): 15-36. doi:10.5354/0719-7551.2017.47380.
- Luengo Millán, Miguel Ángel. «Ética y Derecho Social: una introducción». *Revista de Justicia Laboral* 56 (2013): 1-63.
- Luhmann, Niklas. *Complejidad y Modernidad*. Editorial Trotta, 1998. Disponible en «<http://bit.ly/2YKdmmf>».

- Luján Alcaráz, José. «Sobre la noción de accidente de trabajo, a propósito de la imprudencia temeraria y del intento de suicidio». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar. *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 653-656.
- Luque, Manuel y Esther Sánchez. *Comentario Práctico a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, 2008. Disponible en <<http://bit.ly/2FfQPqL>>.
- MacIntyre, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona: Editorial Crítica, 2004.
- Marengo, Federico. «El principio de legalidad de las sanciones administrativas. Su proyección en el ámbito de las relaciones del consumo», 1-32. Disponible en <http://bit.ly/2Ttw0hl>.
- Marion Spengler, Fabiana y Márcio Dutra Da Costa. «La mediación procesal de conflictos colectivos en la justicia del trabajo brasileña». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 19 (2019): 41-62. doi:10.5354/0719-7551.2019.53755.
- Marion Spengler, Fabiana. *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- Martín-Casals, Miquel (Coordinador). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2008.
- Martin Casals, Miquel, «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario». *European Group of Tort Law*. España: Thomson Aranzadi, 2008: 283 páginas.
- Martin Hernández, M. Luisa. «La ineffectividad de la normativa de prevención de riesgos y siniestralidad laboral en España: una relación causa-efecto». En *Revista de Derecho Social*, España, n.º 40 (2007): 179-203.
- Martin Hernández, María Luisa. «El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo». *Consejo Económico y Social*. Madrid España, primera edición, 2006.
- Martín Valverde, Antonio, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y Joaquín García Murcia. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 25ª edición, 2016.
- Maroto Calatayud, Manuel. «Liberalismo vs Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación con discursos legitimantes». En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores). *Autorregulación y Sanciones*. España: Thomson Reuters; Aranzadi, 2015.

- Mascareño, Aldo. «Inmanencia y Trascendencia en la Sociología del Derecho». *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, 2014: 22-37.
- Mather, Lynn and Barbara Ingvesson, «Language, audience, and the transformation of disputes». *Law and Society Review* 15 (1981): 775-821.
- Mauthner, Fritz. *Contribuciones a una crítica del lenguaje*. Herder, 2001.
- Mercader Uguina, Jesús. *Los principios de aplicación del derecho del trabajo, formación, decadencia y crisis* (recurso electrónico). Tirant lo Blanch, 2014.
- Monereo Pérez, José Luis. «Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente», en Monereo Pérez José Luis y Rivas Vallejo, Pilar, coord. *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo*. Granada: Editorial Comares, 2011.
- Monereo Pérez, José Luis, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida (Directores). «Las razones de la ley: ¿qué fue de la cultura de la prevención?», en *Comentario a la ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*, 1-20. Granada: Editorial Comares, 2004.
- Monsalve Caballero, Vladimir. «La buena fe como fundamento de deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción». *Revista de Derecho, Universidad del Norte* 30 (2008): 30-74.
- Montesquieu. *El Espíritu de las Leyes*, tomo I. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1096.
- Montoya Melgar, Alfredo. «Recensión al libro “La imputación de responsabilidades y el marco jurídico de la prevención de riesgos laborales” de J.I. Moltó García». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar; *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 807-810.
- Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 26ª edición, 2005, 813 páginas.
- Montoya Melgar, Alfredo, Jaime Pizá Granados y Iciar Alzaga Ruiz. *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, 391 páginas.
- Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 26ª edición, 2005, 813 páginas.

- Montoya Melgar, Alfredo. «Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo». *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración, España* 53 (2004): 307-320. Disponible en «<http://bit.ly/3327zvF>».
- Montoya Melgar, Alfredo, Jaime Pizá Granados y Icíar Alzaga Ruiz. *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, 391 páginas.
- Morales de Setién Ravina, Carlos. «La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner». Estudio preliminar a *La Fuerza del Derecho* de Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. Siglo del Hombre Editores, 2000.
- Moreno Marcos, Marta. «El principio de precaución y la democratización del riesgo: posibles aplicaciones en el derecho laboral en torno a la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a sustancias cancerígenas o mutágenas». *Revista de Derecho Social*, n.º 36 (2006): 111-131.
- Moya Marchi, Francisca. *El principio de precaución*. Chile: Cuadernos del Tribunal Constitucional n.º 52, 2013.
- Muñoz Ruiz, Ana Belén. *El sistema normativo de la prevención de riesgos laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2009.
- Muñoz García, Boris, «Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar». En *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 17 (2018): 13-40. doi:10.5354/0719-7551.2018.50380.
- Navas-Parejo Alonso, Marta. *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Thomson Reuters (Legal) Limited, España, 2012, 668 páginas.
- Neumann, Franz. *El Estado democrático y el Estado Autoritario. Ensayos sobre Teoría Política y Legal*. Buenos Aires: Paidós, 1968.
- Nieto, Joaquín. «Enfermedades laborales, una pandemia que requiere prevención». *Medicina y Seguridad del Trabajo* 60 (2014): 1-3.
- Nieto Martín, Adán. «Autorregulación, “compliance” y justicia restaurativa». En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores), *Autorregulación y Sanciones*. España: Thomson Reuters, Aranzadi, 2015.
- Adán Nieto Martín, «El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las

- personas jurídicas). En Luis Arroyo Jiménez y Adán Nieto Martín (directores), *Autorregulación y Sanciones*. España: Thomson Reuters, Aranzadi, 2015).
- Núñez González, Cayetano. *Marco Normativo Chileno de la Prevención de Riesgos Laborales*. Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, 1º edición, 2013.
- Núñez Leiva, Ignacio. «Constitución, Neoconstitucionalismo, y Lagunas Jurídicas (Normativas y Axiológicas)». *Estudios Constitucionales* 10 (2012): 511-532. Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Talca.
- Núñez Leiva, Ignacio, «Elementos básicos de la teoría de los campos sociales de Pierre Bourdieu. Apuntes para estudiantes y docentes de derecho». *Ars Boni et Aequi* 1 (2010): 209-2019.
- Núñez Leiva, Ignacio. «El derecho es libre y vivo. El movimiento del derecho libre como antecedente directo de las teorías del derecho elaboradas en la época del iusconstitucionalismo». *Anuario de Derecho Público UDP*. Disponible en «http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/30_Nunez.pdf»; 630-650.
- Nuño Jiménez, Irene y Francisco Puerta Seguido. «Derecho Administrativo Sancionador, Principios de la Potestad Sancionadora», 2016: 8.
- Nussbaum, Martha C. «El uso y el abuso de la filosofía en la enseñanza del Derecho». En *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 7, n° 14 (2009): 31-57.
- Ochoa Gavaldón, Roberto Xavier, «Crimen, castigo, perdón y paz, a la luz de la tradición jurídica de Occidente», *Open Insight*, 2017: s.p. Disponible en «<http://bit.ly/2KOUkrd>».
- OIT, «Salud y seguridad en el trabajo: fuentes de información de la OIT. (Documento de actualización permanente)», 8ª edición, abril 2016, 74 páginas, versión electrónica <http://bit.ly/2Zu2KcJ>.
- Ojeda Avilés, Antonio. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. España: La Ley, 1º ed., 2010.
- Ollero, Andrés. *Interpretación del Derecho y Positivismo Legalista*. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982.
- Orcaray Reviriego, José. «La obligación empresarial en materia de seguridad y salud laboral: el deber de seguridad». En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 16 (2008): 31 páginas.

- Palomeque López, Manuel Carlos. «El derecho de los trabajadores autónomos a la seguridad y salud en su trabajo». En *Revista de Derecho Social*, España, nº 40 (2007): 9-30.
- Palomeque López, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 13ª edición, 2005, 864 páginas.
- Palomeque López, Manuel Carlos. «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo». En *Revista Actualidad Laboral*, España, 1992-1: 38-44.
- Palonen, Kari (sf). «El estado como concepto de “chance”: la desubstancialización y neutralización del concepto por Max Weber». [Inédito].
- Peña, Carlos, «¿De qué se ocupan los juristas y de qué les sirve la filosofía?» En Esteban Pereira Fredes (Editor), *Fundamentos filosóficos del Derecho Civil Chileno*. Chile: Rubicón Editores, 2019.
- Perelló Doménech, Isabel. «Derecho administrativo sancionador y jurisprudencia constitucional». En *Jueces para la Democracia* 22 (1994): 77-78.
- Pérez Alencart, Alfredo. *El derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.
- Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco. «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre Seguridad y Salud de los trabajadores en el lugar de trabajo». En *Revista Tribuna Social*, España, n.º 73 (1997): 7-15.
- Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco. «La directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español». En *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica*, España, n.º 8, (1991): 1221-1253.
- Pérez Amorós, Francisco. «Derecho del trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias». *Revista Técnico Laboral*, n.º 124 (2010): 1-39.
- Pieters, Danny. «El futuro de los seguros de accidentes laborales en la Unión Europea». En Gonzalo, B.; Noguiera, M., (directores y coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes del Trabajo de 30 de enero de 1900*. (Madrid: Fraternidad-MUPRESA y UNED, 2000).
- Pineda Garfias, Rodrigo (2002). «La democracia deliberativa». *Ius et Praxis* 8 (2002): 605-637.

- Pizá Granados, Jaime. «Los siniestros laborales por imprudencia del trabajador asociada con la falta de previsión del empresario. (Comentario a propósito de la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 15 mayo 2000)». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar, *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 869-875.
- Pizarro Wilson, Carlos. «Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la Drittwirkung». *Gaceta Jurídica* 221, (1998): 7-21.
- Plá, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 2° ed. actualizada, 1978.
- Poquet Catalá, Raquel. «Responsabilidad civil del trabajador en materia de seguridad y salud». En *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n.º 232 (2010): 33-43.
- Popper, Karl. *El mito del marco común. En defensa de la ciencia y racionalidad*. Barcelona: Paidós, 1997.
- Quintana Bravo, Fernando. *Interpretación y Argumentación Jurídica*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Quintero Lima, María Gema. «La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sin remedios institucionales». En *Cuadernos de derecho transnacional*, España, Vol. 4, n.º 1 (2012): 180-221.
- Quintero Olivares, Gonzalo. «La potestad sancionadora de la administración y las garantías constitucionales y penales». *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Islas Baleares*. España, 1989. Disponible en «goo.gl/uQizPo».
- Raso Delgue, Juan. «El Derecho del Trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 13 (2016): 13-52. doi:10.5354/0719-7551.2016.42443.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Ríos Álvarez, Lautaro. «El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXIII (2002): 39-67.

- Ríos Mestre, José María. «Accidente de trabajo y culpa del trabajador (Comentario a la STSJ País Vasco de 22 de febrero de 2000)». En María Asunción Domblás y Maite Fernández Baraibar. *Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, 641-651.
- Rivero Lamas, Juan y Ángel Luis De Val tena. «Derechos y obligaciones (capítulo III)», en *Comentario a la ley de prevención de riesgos laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Editorial Comares, Granada, 2004: 121-141.
- Robaina Aguirre, Caristina; Marianne Doos; Ibis Ávila Roque y Carmen M. González, «Trabajo de intervención para la prevención de accidentes en empresa constructora». *Revista Cubana de Medicina General Integral* 17 (2001): 592-605.
- Rodríguez-Piñero, Miguel. «Nuevos enfoques de la prevención de riesgos laborales». En *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica, España*, n.º 1, (2005): 3-13.
- Rodríguez-Piñero, Miguel. «Constitución Española y Constitución Europea». En *Revista Relaciones Laborales. Crítica de Teoría y Práctica, España*, n.º 1 (2005): 79-90.
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel. «Medio ambiente y relaciones de trabajo». *Temas laborales*, n.º 50 (1999): 7-17.
- Rodríguez Ramos, María José. «Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo». *Aranzadi Social*, n.º 5 (2002): 1191-1214.
- Rodríguez Sanz de Galdeano. «El alcance de la obligación de seguridad del empresario en la Directiva Marco: la disyuntiva entre la seguridad tecnológicamente factible y la razonablemente factible». En *Revista de Derecho Social, España*, n.º 39 (2007): 115-128.
- Romeo Casabona, Carlos Romeo. «El principio de precaución en las actividades de riesgo». En *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, III-2002.
- Romeo Casabona, Carlos Romeo (ed.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*. Bilbao-Granada: Editorial Comares, 2004.

- Rebollo Puig, Manuel, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio Bueno Armijo. «Panorama del derecho administrativo sancionador en España». *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 7 (2005): 23-74. Disponible en: «goo.gl/wSjeUy».
- Román Cordero, Cristian. «Los principios de Derecho Administrativo Sancionador». *Revista de Derecho Público* 69 (2007): 24 y ss.
- Rodríguez Pinto, María Sara (2011). «Las tendencias en daño moral por muerte o lesión corporal en la jurisprudencia civil y laboral». En Rodríguez Pinto, María Sara y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Cuadernos de Extensión Jurídica (Universidad de los Andes) n.º 20 (2011): 81-101.
- Rojas Miño, Irene. *Manual de Derecho del Trabajo*. Editorial Lexis-Nexis, Chile, 2004.
- Rosenkratz, Carlos F. (s.f.) «El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación». *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*.
- Rozo Sordini, Paolo Emanuele. «Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano». *Revista de Derecho Privado* 4 (1998/1999): 139-149.
- Sala Franco, Tomás y otros. *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*. "(recurso electrónico). España: Tirant Lo Blanch, 2014. 516 páginas.
- San Martín Mazzucconi, Carolina. «Derecho a la vida y a la integridad personal; la seguridad y salud en el trabajo». En *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, España, n.º 108 (2014): 91-108.
- Sanfulgencio Gutiérrez, José Antonio. «La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes del trabajo: una aproximación a los criterios judiciales imperantes y reflexiones en pro de una urgente reforma procedimental». *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales* 53 (2004): 321-362.
- Santiago Juárez, Rodrigo. «El concepto de ciudadanía en el comunitarismo». *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 23 (2010): 153-174.
- Santos Fernández, María Dolores. «El contrato de trabajo como límite al poder del empresario». Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, 299 páginas.

- Sempere Navarro, Antonio. «El recargo de prestaciones: puntos críticos». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. España, n.º 53, Octubre 2004: 395-418.
- Sempere Navarro, Antonio y Miguel Cardenal Carro. «Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa». Madrid: Editorial Mapfre, 2000, 311 páginas.
- Schmitt, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. España: Aguilar, 1971.
- Sierra Herrero, Alfredo. «La responsabilidad del empleador por enfermedades profesionales de sus trabajadores. Enfoque jurisprudencial». En María Sara Rodríguez Pinto y Francisca Barrientos Camus (Ed.) *Responsabilidad del Empresario por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*. Universidad de los Andes: Cuadernos de Extensión Jurídica n° 20, 2011: 37-48.
- Silva Bascuñán, Alejandro. «Tratado de Derecho Constitucional». Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Tomo XIII, 2010.
- Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- Soto-Kloss, Eduardo. «La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República». En *Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977)*. Santiago: Contraloría General de la República, 2014: 181-206
- Soto Kloss, Eduardo (2012). «¿Es tan delgada la línea que separa fiscalizar de juzgar?». *Gaceta Jurídica*, n.º 331 (2012): 1-8. Legal Publishing.
- Squella Narducci, Agustín. «Principios jurídicos y positivismo jurídico». En Carbonell, Flavia; Rodrigo Coloma y Raúl Letelier (Coordinadores). *Principios jurídicos, análisis y crítica*. Abeledo Perrot, Thomson Reuters, 2011.
- Stadler, Fiedrich. *El Círculo de Viena; empirismo lógico, ciencia, cultura y política*. Fondo de Cultura Económica, 2010.
- Strauss, Leo. *La filosofía política de Hobbes*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Superintendencia de Seguridad Social, Informe anual estadísticas de seguridad social 2018, p. 6 <http://www.suseso.cl/607/w3-article-578301.html>
- Superintendencia de Seguridad Social, Circular 3226 de 18 de mayo de 2016, www.suseso.cl

- Taylor, Charles. *La ética de la autenticidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica.
- Teubner, Gunther. «El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho», *DOXA* 25 (2002) 533-571.
- Teubner, Gunther. «Introduction to Autopoietic Law». En Teubner, Gunther (ed.), *Autopoietic Law: A new approach to law and society*. Berlín: Walter de Gruyter, 1998.
- Thayer Arteaga, William. «Orígenes, evolución y perspectivas del derecho laboral chileno», *Estudios Públicos* 54: (1994): 223-241.
- Toledo Corsi, César. *Tutela de la Libertad Sindical*. Abeledo Perrot; Thomson Reuters, 2013.
- Toscani Giménez, Daniel. «¿Dónde se encuentra el límite de la responsabilidad empresarial?». *Gestión práctica de riesgos laborales* 92 (2012): 38-45.
- Thayer, William y Patricio Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, (1980).
- Trajtenberg, Nicolás. «¿Qué hay de malo con la sociología de Pierre Bourdieu?», 373-388. Disponible en «<http://bit.ly/2KEJBiz>».
- Tudela Cambroner, Gregorio y Yolanda Valdeolivas García. «Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo». España: Editorial Colex, 2002, 1077 páginas.
- Ugarte Cataldo, José Luis. *El Nuevo Derecho del Trabajo*. Santiago: Lexis Nexis, 2007.
- Uribe García, Saúl. «La responsabilidad por riesgo», *Ratio Juris*, 39. Disponible en «<file:///C:/Users/Pavilion/Downloads/297-1516-1-PB.pdf>».
- Valdeolivas García, Yolanda. «La responsabilidad por daños en la seguridad social por riesgos laborales». En *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Colección Estudios Laborales, n° 15. España: Editorial Cinca, (2013): 255-311.
- Valdeolivas García, Yolanda. «Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva». España: Editorial Bomarzo, 2012, 109 páginas.
- Valenzuela Gascón, Ricardo. «Constitutional Sociology and Corporations. A Conversation with Gunther Teubner». *Tempo Social, revista de sociología da USP*, vol 31 n° 1 (2018) 332. doi 10.11606/0103-2070.ts.2019.146006.

- Van Weezel, Alex. «Sobre la necesidad de un cambio de paradigma en el derecho sancionatorio administrativo». *Política criminal*, n° 12, (2017): 997-1043.
- Verdugo Marinkovic, Mario. «Acerca de los Derechos Fundamentales y sus Garantías». En *Derechos Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, 2012.
- Verdugo R., Sergio. «La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales». *Revista Chilena de Derecho* 40, n° 1 (2013): 181-223.
- Vespaziani, Alberto. «Comparison, translation and the making of a common European constitutional culture». *German Law Journal*, Vol. 9, N° 5 (2008) 1-28.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Taurus, 1964.
- Vita, Leticia. «La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller». *Isonomía* 43 (2015): 49-75.
- Weber, Max (s.f.). *La política como vocación*. Disponible en «<http://bit.ly/2K820EF>».
- Luc J. Wintgens. «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación». *Doxa* 26 (2003) 261-287.
- Yáñez Monje, Eduardo. «El fuero sindical está sujeto a la condición suspensiva de comunicarse al empleador la celebración de la asamblea constitutiva». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2 (2016): 195-200. doi:10.5354/0719-7551.2016.42904.
- Zweigert, Konrad y Hein Kötz. «Introducción al derecho comparado» (1998) trad. Arturo Aparicio. México: OUP, 2002.

Normativa:

- 1) Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco), DOUE de 29 de junio de 1989.
- 2) Constitución Española de 1978 (BOE de 29 de diciembre de 1978).
- 3) Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE de 25 de julio de 1889), arts. 1101 a 1107 y arts. 1902 a 1904.

- 4) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995), arts. 316 y 317.
- 5) Ley 31/1995 de 8 de noviembre de 1995, de prevención de riesgos laborales (BOE de 10 de noviembre de 1995).
- 6) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).
- 7) Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto de 2000).
- 8) Ley 23/2015 de 21 de julio de 2015, ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE de 22 de julio de 2015).
- 9) Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sobre sistema para valoración de daños y perjuicios causados en accidentes de circulación -baremo de indemnizaciones-, (BOE de 15 de marzo de 2014).

Sentencias chilenas:

- 1) “David Leandro Soto León con Servicios Generales de la Construcción BSK Ltda. y otro”, Rol: O-237-2014, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, Rol O-237-2014, 08 de julio de 2014.
- 2) “Marisol Paola Godoy Gatica con Corpolar S.A”, Rol O-4770-2013, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 27 de febrero de 2014.
- 3) “Aguilera y otros con Corporación del Cobre de Chile”, Rol 23497-2014, Corte Suprema, 22 de julio de 2015, considerando undécimo.
- 4) “Emma Diaz Valenzuela con Mauro Castro Lecaros y otros”, Rol: 2965-2013, Corte de Apelaciones de Santiago, 03 de julio de 2014.
- 5) “Evelyn Barrientos Loyola con Recaudadora S.A.”, Rol: 37-2014, Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de junio de 2014. Rol: O-3251-2013, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 19 de diciembre de 2013
- 6) “Francisco Heriberto Díaz Aedo con Constructora Comsa Dragados S.A.”, Rol: O-1001-2013, Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 28 de febrero de 2014.
- 7) “Marisol Paola Godoy Gatica con Corpolar S.A”, Rol: O-4770-2013 Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 27 de febrero de 2014.

- 8) “Jenezareth Zúñiga Espinoza con Tavelli S.A.”, Rol: O-1303-2013, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 15 de julio de 2013.
- 9) “Tomás Roa Toledo con Servicios Industriales y Forestales Larraín Limitada”, Rol: 27-2013, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de mayo de 2013.
- 10) “María Lagos Riquelme y otros con Prestadora de Servicios Medio Ambiente Limitada y otra”, Rol: 5889-2010, Corte Suprema, 06 de marzo de 2013.
- 11) “Riquelme Obreque Claudio Andrés con Easy Administradora Norte S.A.”, O-380-2012, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 08 de mayo de 2012.
- 12) “Cárdenas Silva, María con Productos Químicos y Alimenticios Osku S.A.”, Rol: 955-2009, Corte Suprema, 23 de febrero de 2012.
- 13) “Patricio Antonio Salas Varas con Comercial Maxagro Ltda.”, Rol: O-3027-2011, Segundo Juzgado del Trabajo, 04 de enero de 2012.
- 14) “Sindicato N 5 de Empresa Inversiones Alsacia S.A. con Inversiones Alsacia S.A.”, Rol: T-282-2010, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo, de 25 de enero de 2011.
- 15) “Morales Guzmán, Danny contra Automática y Regulación S.A.”, Rol: 3495-2010, Corte Suprema, 18 de octubre de 2010; “Morales Guzmán, Danny contra Automática y Regulación S.A.”
- 16) “Álvarez Astete, Erwin contra Sociedad Comercial y Constructora Lomas Limitada.”, Rol: 158-2010, Corte de Apelaciones de Concepción, 27 de septiembre de 2010.
- 17) “Pedro Esteban Aguilera Díaz con Empresa de los Ferrocarriles del Estado”. Rol: O-2378-2010, Primer Juzgado de Letras del Trabajo, 20 de noviembre de 2010.
- 18) “Marcelo Iván Donoso Arce con Constructora RRC EIRL; Euro Constructora S.A. y Eurocorp S.A.”, Rol: O-1577-2014, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 25 de julio de 2014.
- 19) “Miguel Ángel Coronado Morales con Servicios Generales Catedral Limitada y otro”, Rol: O-1163-2014, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 18 de julio de 2014.
- 20) “Forestal Celco S.A. con Drago Lillo Quintana; Inspección Comunal del Trabajo de Constitución”, Rol: 66-2014, Corte de Apelaciones de Talca, 03 de julio de 2014.

- 21) “José Molina Aguilera con Comercial Sepmo y Compañía Limitada y otra”, Rol 10139-2013, Corte Suprema, 10 de junio de 2014.
- 22) “Sergio Andrés Villagra Martínez con Transportes Garate E.I.R.L y otro”, Rol: O-4934-2013, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 05 de marzo de 2014.
- 23) “Juan Carlos Palominos Rubio con Carlos Enrique Abell Soffia e Ilustre Municipalidad de Melipilla”, Rol: O-4112-2013, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 04 de febrero de 2014.
- 24) “Carmelo Aguayo San Martín con Ingeniería y Construcciones Osarco E.I.R.L. y otro”, Rol: 9858-2013, Corte Suprema, 25 de febrero de 2014.
- 25) “Salas Rojas Marcelo Humberto con Sistemas de Cielos Metálicos Limitada” Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 178-2013, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 05 de julio de 2013.
- 26) “Constructora Baker Ltda. con Inspección del Trabajo de Puerto Montt”, Rol: I-9-2013, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, 07 de junio de 2013.
- 27) “David Ramírez Barría con Construcción Industrial y otra”, Rol: 5620-2012, Corte Suprema, 27 de marzo de 2013.
- 28) “Toledo con GSP Limitada”, Rol N° 1277-2011, Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de octubre de 2012. RIT O-1165-2011, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago; sentencia de 20 de julio de 2011.
- 29) “Luis Enrique Ríos Poblete con Constructora Senarco S.A. y otro”, Rol: O-786-2011, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 16 de junio de 2011.
- 30) “Saavedra con Carnes Ñuble S.A.”, Rol N° 68-2010, Corte de Apelaciones de Chillán, 02 de marzo de 2011.
- 31) “Campos Mena José con Servicios Industriales B Y D Ltda. y Sodimac S.A”, Rol N° 1253-2011, Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de diciembre de 2011.
- 32) “Abbott Jiménez, Georgina c/ Recex Ltda. y otra”, Rol 8501-2010, Corte Suprema, 30 de junio de 2011.
- 33) “María Angélica Rojas Toledo con Ibáñez Servicios Limitada y otro”; O-52-2010, 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 09 de junio de 2010.
- 34) “Rodrigo Roberto Ramos Alvarado con ASEGIM Limitada; CONAFE S.A.”, Rol: 130-2010, Corte de Apelaciones de La Serena, de 07 de diciembre de 2010.

- 35) “Eduardo Mauricio Espinoza Cares con Ingeniería y Construcción Sigdo Koppers S.A.”, RIT O-1131-2010, Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 27 de agosto de 2010.
- 36) “Sotraser S.A. con Inspección del Trabajo de Valdivia”, Rol 8024-2010, Corte Suprema, de 26 de mayo de 2011.
- 37) “Maori Otarola Araya con Alimentos Fruna Limitada”, Rol N° 530-2014, Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de septiembre de 2014.
- 38) “Sebastián Arias Fuenzalida con Abengoa Chile S.A.”, Rol: O-2967-2011, 2° Juzgado del Trabajo de Santiago, 19 de diciembre de 2011.
- 39) “Duran Valenzuela Marcelo con Mendizábal Monardez y Cía. Ltda. y otro”, Rol N° 491-2013, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30 de julio de 2014
- 40) “Pablo Castillo Astorga con Amadei Ingeniería en Procesos Mecánicos Ltda.”, Rol: O-4508-2013, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 20 de febrero de 2014.
- 41) “Román Oporto Jorge Jesús con Transportes Vic Ben S.A.”, Rol: O-156-2013, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 09 de mayo de 2013.
- 42) “Vega Maldonado Verónica Salomé con Sandoval Follel Manuel”, Rol N° Rol: 64-2012, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 13 de junio de 2012.
- 43) “Giovanni Alexis Diaz Mondaca Con Empresa Constructora Bravo e Izquierdo Limitada” O-3314-2011, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo. 23 de enero de 2012.
- 44) “Miguel Palma Vega con Pavimentos Quilín Limitada”, 14 de mayo de 2010, RIT O-396-2010, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.
- 45) “Constructora PB 70 Cima S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud Pública de la Región Metropolitana”, Rol: 1824-2014, Corte Suprema, 02 de julio de 2014.
- 46) “CESMEC S.A. con Comisión Chilena de Energía Nuclear”, Rol: 1037-2014, Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2014.
- 47) “Red Televisión Chilevisión S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, Rol: 6475-2014, Corte Suprema, 05 de junio de 2014.
- 48) “Compañía Minera Zaldívar Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Antofagasta”, Rol: 7558-2013, Corte Suprema, 06 de marzo de 2014.
- 49) “Ice Market S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Los Lagos”, Rol: 9610-2012, Corte Suprema, 09 de octubre de 2013.

- 50) “Constructora Baker Ltda. con Inspección del Trabajo de Puerto Montt”, Rol: I-9-2013, Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, 07 de junio de 2013.
- 51) “Inspección Provincial del Trabajo con Servicios de Arrendamiento de Maquinarias Rio Quillón Limitada”, Rol N° 230-2013, Corte de Apelaciones de Concepción, 01 de octubre de 2013.
- 52) “Comunidad Edificio Santiago Centro con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, Rol N° 5954-2012, Corte Suprema, 05 de junio de 2013.
- 53) “Ingeniería y Construcción Ricardo Rodríguez y Cia. Ltda con Seremi de Salud”, Rol N° 24536-2014, Corte Suprema, 23 de octubre de 2014.
- 54) “Cheffco S.A. con SEREMI de Salud de la Región Metropolitana”, Rol: 1615-2014, Corte Suprema, 15 de abril de 2014.
- 55) “Áridos Coronel Limitada con Secretaría Regional Ministerial de Salud del Bío Bío”, Rol N° 11462-2013, Corte Suprema, 16 de enero de 2014.
- 56) “Condensa S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, Rol: 3117-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de septiembre de 2013.
- 57) “Secretaría Regional Ministerial de Salud Región de Valparaíso con Municipalidad de Viña del Mar”, Rol: 11488-2011, Corte Suprema, 25 de marzo de 2013.
- 58) “María Llanca Gajardo y otros con Alejandra Uribe Cuevas”, Rol N° 676-2010, Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de noviembre de 2010.
- 59) “Sodexho Servicios S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de Maipú”, Rol: 619-2014, Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de octubre de 2014.
- 60) “Sociedad Trevizán y Epsa S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región de Antofagasta”, Rol: 1184-2013, Corte de Apelaciones de Antofagasta, 02 de junio de 2014.
- 61) “Eulen Chile S.A. con Inspección Comunal del Trabajo Norte Chacabuco”, Rol: I-141-2013, Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 12 de julio de 2013.

Sentencias españolas:

- Tribunal Constitucional de España, sentencia n°119/2014 de 16 de julio, recaída en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012 de 6 de julio.
- Tribunal Constitucional de España, sentencia n°8/2015 de 22 de enero, recaída en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Diputados de diversas corrientes políticas, en contra de la Ley 2/2012 de 6 de julio.