



EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO

Pasos hacia un Derecho del Trabajo bidireccional

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

Doctorando Marcos López Oneto

Director Dr. Francisco Walker Errázuriz

Santiago de Chile, septiembre de 2012

A mis abuelos

AGRADECIMIENTOS

En este proceso académico doctoral he recibido la colaboración de personas e instituciones.

En primer lugar, no puedo dejar de mencionar a Pamela Prado López, compañera de generación (segundo semestre, 2008), con quien compartí y discutí desde un comienzo las ideas de esta tesis. Sus generosos comentarios y leales críticas me fueron de gran utilidad.

También debo hacer un reconocimiento a todos mis compañeros y compañeras del Programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. La atmósfera de estudio, superación y amor al conocimiento, que contribuye a hacer del doctorado una experiencia vital y trascendente, sólo es posible en el contexto de un grupo de personas inspiradas.

A los profesores del programa, Doctores Claudio Nash Rojas, Agustín Squella Narducci, Daniel Peñailillo Arévalo, Lucas Sierra Iribarne, Santiago Montt Oyarzún y Sofía Correa Sutil, agradezco la dedicación, pasión y rigor intelectual que me transmitieron.

En especial, quisiera reconocer el apoyo y confianza que recibió mi proyecto de tesis de parte de la Doctora Sofía Correa Sutil, quien fuera mi profesora de metodología; del Doctor Pablo Ruiz-Tagle Vial, Director del Programa, y también por cierto, del Doctor Enrique Barros Bourie, quien, al evaluar el proyecto, le formuló interesantes observaciones que ayudaron a direccionarlo dogmáticamente de mejor forma.

La imprescindible ayuda de Bárbara Parada Moreira y Gloria Arias Pavez, Secretaria Ejecutiva y Secretaria Administrativa, respectivamente, del Programa de Doctorado, ha sido muy valiosa, acompañándome durante todo este tiempo y facilitando mi paso por el doctorado.

Un imperecedero reconocimiento a mi Director de Tesis, Doctor Francisco Walker Errázuriz, quien, incentivando la libertad de mi pensamiento, en todo momento confió en el proyecto, apoyándolo con sus comentarios y sugerencias; confrontándolo con las ideas de otros autores; facilitándome datos bibliográficos y gestionando mi estadía en la Universidad Complutense de Madrid. Destaco que, aún estando convaleciente de una grave enfermedad, nunca dejó de estar pendiente del proyecto de Tesis.

Agradezco al MECESUP la “Beca Estadía Corta en el extranjero para doctorandos en Tesis”, del proyecto MECESUP/UCH 0603: consolidación del Programan de Doctorado en Derecho”. Con tal ayuda, en el año 2010, pude realizar una pasantía en el Departamento de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, donde fui recibido por el Director del Departamento y actual miembro del Tribunal Constitucional Español, Doctor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. En dicho centro de estudios tuve la oportunidad de utilizar la biblioteca y, por cierto, conversar las ideas de esta tesis, con los doctores Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Alfredo Montoya Melgar y Joaquín García Murcia. Durante mi estadía en Madrid también tuve la oportunidad de discutir mis ideas con el Doctor Efrén Borrajo Dacruz. A todos ellos agradezco sus comentarios y el generoso tiempo que me brindaron.

La investigación jurisprudencial en la cual se fundamenta la tesis, la realicé en la biblioteca de la Corte Suprema. Agradezco todas las atenciones y facilidades que me brindaron en dicho lugar.

Finalmente, debo agradecer a la Biblioteca del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de España, una de las mejores bibliotecas de Derecho del Trabajo del mundo, que también me acogió y dispuso las mejores condiciones para poder realizar la imprescindible investigación biblio-hemerográfica. En particular quisiera testimoniar a las personas que me recibieron en dicha institución, otorgándome todas las comodidades y herramientas para poder cumplir con mis objetivos. Se trata de Luisa Almagro Bernardo, Jefa de la Sección Documentación; Toñi Garrido Serrano, Jefa de Negociado de Préstamo y Atención al Usuario, y Rafael Ortiz Espeso, Responsable de Reprografía.

TABLA DE CONTENIDO

	página
INTRODUCCIÓN	1
1. El problema mundial del empleo	2
2. El problema del empleo en Chile	6
3. El Derecho del Trabajo y el problema del empleo	8
4. Hipótesis	10
5. Método	12
6. Plan de la tesis	14
CAPÍTULO I. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES	16
I. Introducción	17
II. ¿Reconoce el ordenamiento jurídico laboral chileno la existencia de principios jurídicos?	22
1. Principios expresos y principios implícitos	23
1.1. Reconocimiento de los principios jurídicos laborales	25
1.1.1. Reconocimiento de los principios jurídicos expresos	25
1.1.1.1. El metaprincipio expreso del inciso tercero del artículo 2° del Código de Trabajo	26
1.1.1.2. Principios laborales expresos de apertura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral	26
1.1.1.3. Principios laborales expresos propiamente tales	30
1.1.1.4. Conclusiones sobre el reconocimiento legal de los principios jurídicos laborales	30
1.2. Principios implícitos	31
1.2.1. Principios jurídicos laborales implícitos reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema	31
1.2.1.1. Período 1903-1980	33
1.2.1.2. Período 1980-2010	35
1.2.1.2.1. Principio de protección al trabajador	35
1.2.1.2.2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales	43
1.2.1.2.3. Principio de continuidad de la relación laboral	44
1.2.1.2.4. Principio de estabilidad relativa en el empleo	46
1.2.1.2.5. Principio de continuidad de la empresa	47
1.2.1.2.6. Principio de la libertad sindical	50
1.2.1.2.7. Principio de primacía de la realidad	52
1.2.1.2.8. Valoración crítica de la doctrina jurisprudencial	60
1.2.1.2.8.1. Notas distintivas	60
1.2.1.2.8.2. Idea general o concepto de principio en la jurisprudencia analizada	62
1.2.1.2.8.3. Conclusiones sobre el reconocimiento de los	5

	principios jurídicos laborales implícitos por la j u r i s p r u d e n c i a de la Corte Suprema	62
1.3.	Principios jurídicos laborales implícitos reconocidos por la doctrina <i>iustlaboralista</i> chilena	62
1.3.1.	Los fundadores del Derecho del Trabajo chileno como disciplina científica	64
1.3.2.	La doctrina contemporánea	67
1.3.3.	Valoración y crítica de la doctrina chilena sobre principios jurídicos laborales	70
1.4.	Conclusiones del subcapítulo II	72
III.	Teoría de los principios	73
1.	Teoría de los principios jurídicos de Robert Alexy	75
1.1.	Concepto y concepción de norma jurídica	76
1.2.	Reglas y principios jurídicos	77
1.3.	Conflicto de reglas y colisión de principios	79
1.3.1.	Ponderación y principio de proporcionalidad	79
1.3.2.	Ley de ponderación	81
1.3.3.	Fórmula del peso	82
1.3.4.	Cargas de argumentación	83
1.3.5.	El juicio de ponderación	84
2.	Aplicabilidad del concepto de principios de Alexy a la comprensión de los principios j u r í d i c o s laborales reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral chileno	85
2.1.	Test de compatibilidad	86
2.1.1.	Comprensión de los principios laborales como normas jurídicas	86
2.1.2.	Comprensión de los principios como mandatos de optimización	87
2.1.3.	Utilización de la ponderación como procedimiento de resolución de la colisión d e principios jurídicos laborales	89
2.1.4.	Valoración de la concepción de principio jurídico de Alexy en el contexto de la jurisprudencia laboral chilena	93
IV.	Concepción de principio jurídico laboral de esta tesis	93
V.	Conclusiones	96
CAPÍTULO II. EL EMPLEO		98
I.	Introducción	99
II.	Una aproximación histórica, antropológica y jurídica al concepto de empleo	99
III.	Concepto y concepción del empleo en esta tesis y su justificación dogmática jurídica laboral	105
1.	Concepción dogmática jurídica laboral de empleo	107
2.	Justificación dogmática jurídica laboral de empleo	108
2.1.	Constitución Política de la República: artículo 19 N° 16	108
2.2.	Código del Trabajo y leyes complementarias	110

2.3. Derecho Internacional Público del Trabajo	114
IV. Conclusiones	122
CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN DE LA FUENTE DEL EMPLEO	124
I. Introducción	125
II. La fuente del empleo	125
1. La empresa como la fuente del empleo	126
2. Dos visiones jurídicas laborales de la empresa: patrimonialistas e institucionalistas	129
2.1. Teoría patrimonialista de la empresa	130
2.2. Teoría institucionalista de la empresa	132
2.3. Valoración y crítica de las teorías patrimonialista e institucionalista de la empresa	135
2.4. La empresa en el ordenamiento jurídico laboral chileno	137
2.4.1. Antecedentes de la noción de empresa en la legislación chilena del trabajo	137
2.4.2. Concepción laboral de la empresa en la doctrina <i>iuslaboralista</i> chilena	140
2.4.2.1. Concepción patrimonialista fuerte	142
2.4.2.2. Concepción patrimonialista media	148
2.4.2.3. Concepción patrimonialista débil. Pasos hacia una visión integradora de la empresa	150
2.4.2.3.1. Sobre la corrección de la tesis patrimonialista débiles y/o integradoras	152
2.5. La empresa como fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno	156
III. La protección jurídica laboral de la fuente del empleo	160
1. La protección de la empresa en la Constitución Política de la República	163
1.1. Reconocimiento constitucional a los supuestos de la empresa	169
1.1.1. La empresa como cuerpo intermedio y fenómeno asociativo	169
1.1.2. Libertad de empresa	171
1.1.3. Organizaciones empresariales	172
1.1.4. Institución como empresa	173
1.1.5. Libertad de trabajo y su protección: negociación colectiva de empresa	173
2. La protección de la empresa en los Tratados Internacionales ratificados por Chile	175
2.1. Tratados que garantizan derechos esenciales que emanan de la persona humana	175
2.2. Otros Tratados	180
3. Protección de la empresa en el Código del Trabajo	182
3.1. Centralización de la información laboral	182
3.2. <i>Ius variandi</i>	183
3.3. Excepciones a la jornada ordinaria de trabajo	185
3.4. Jornada parcial de trabajo	188
3.5. Gratificación como integración del trabajador a la empresa	191
3.6. Despido por necesidades de la empresa	192
3.6.1. Análisis histórico del artículo 161 del Código del Trabajo	193
3.6.1.1. El mensaje presidencial	193
3.6.1.2. La discusión parlamentaria	195
3.6.2. Análisis sintáctico y gramatical del artículo 161 del Código del Trabajo	197
3.7. Negociación colectiva	200

3.7.1. Artículo 308 del Código del Trabajo	200
3.7.2. Artículo 317 del Código del Trabajo	201
3.7.3. Artículo 322 del Código del Trabajo	201
3.7.4. Artículo 329 del Código del Trabajo	202
3.7.5. Artículos 347, 348 y 369 del Código del Trabajo	203
3.7.6. Artículo 363 del Código del Trabajo	204
3.7.7. Artículo 375 del Código del Trabajo	205
3.7.8. Artículo 380 del Código del Trabajo	207
3.7.9. Artículos 505 a 506 ter del Código del Trabajo	208
IV. Conclusiones	212

CAPÍTULO IV. CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO 214

I. Introducción	215
II. Configuración dogmática del principio de protección a la fuente del empleo	215
1. Concatenación conceptual de los elementos que componen el principio de protección a la fuente del empleo	217
1.1. Principio jurídico	217
1.2. Principio jurídico laboral	218
1.3. Principio de protección a la fuente del empleo	220
2. Objeciones en contra de la tesis que sostiene la existencia y/o validez del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno	221
2.1. Objeciones político-ideológicas	221
2.2. Objeciones dogmáticas	224
2.2.1. Imposibilidad lógica de inducción del principio de protección a la fuente del empleo	224
2.2.2. Insuficiencia de enunciados normativos de base para la inducción del principio de protección a la fuente del empleo	225
2.2.3. Superación histórica de la distinción entre reglas y principios	227
2.2.3.1. ¿La adjudicación a través de principios jurídicos laborales: promueve o ha promovido la disolución del ordenamiento jurídico laboral chileno?	229
2.2.3.2. ¿La adjudicación a través de principios jurídicos laborales podría promover la disolución del ordenamiento jurídico laboral chileno?	230
3. Antecedentes históricos y en el derecho comparado del principio de protección a la fuente del empleo	231
3.1. El Derecho del Trabajo como factor estabilizador de la sociedad capitalista	231
3.2. La Unión Europea y el concepto de flexiseguridad o flexiguridad	234
3.2.1. Relación entre la flexiseguridad y el principio de protección al empleo	240
3.3. España: principio de rendimiento y Derecho del Empleo	241
3.3.1. Principio de rendimiento o de productividad	241

II. Fuentes digitales y páginas web	312
III. Sentencias	314
A. Tribunal Constitucional	314
B. Corte Suprema	315
C. Corte de Apelaciones	317
D. Tribunal de 1ª instancia	317

ABREVIATURAS

Código Civil	CC
Código de Procedimiento Civil	CPC
Código del Trabajo	CT
Constitución Política de la República	CPR
Corte Suprema	CS
Derechos Humanos	DDHH
Estrategia Europea del Empleo	EEE
Gaceta de los Tribunales	GT
Organización Internacional de Trabajo	OIT
Organisation for Economic Co-operation and Development	OECD
Recurso de casación en el fondo	CFO
Recurso de casación en la forma	CFA
Recurso de casación fondo y forma	CFF
Recurso de queja	RQ
Recurso de unificación de la jurisprudencia	RUJ
Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales	RDJ
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	TFUE
Tribunal Constitucional de Chile	TC
Unión Europea	UE

RESUMEN

Sostendremos que el ordenamiento jurídico laboral chileno no ha sido completamente refractario a los problemas del empleo y, más en general, de la economía, constituyéndose en un ordenamiento jurídico laboral bidireccional o con dos grandes fines.

A nuestro juicio esos fines son la protección al trabajador y la protección a la fuente del empleo que, por cierto, es la empresa y no necesariamente el empleador, como podría ser comprendido en una concepción patrimonialista fuerte del tema.

En efecto, justificaremos que la fuente del empleo, esto es, la empresa, es una organización que trasciende los intereses individualmente considerados de los trabajadores y de los empleadores, erigiéndose en un ente o ser jurídico que, por generar empleo y contribuir al desarrollo económico y social del país, es protegido por el orden público laboral.

Las ideas generales previamente expuestas serán formuladas en tres hipótesis dogmáticas relacionadas entre sí, en las cuales se postula:

- a) Que en el ordenamiento jurídico laboral chileno actualmente vigente existe un principio de protección a la fuente del empleo;
- b) Que el principio de protección a la fuente del empleo coexiste con el principio de protección al trabajador, y
- c) Que su aplicación permite solucionar casos en los cuales el principio de protección al trabajador o los principios que protegen el derecho de propiedad del empleador, pueden ser preteridos, haciéndoselo pesar más que aquellos en la dictación de la sentencia.

Nuestra tesis tiene un enfoque dogmático por cuanto su objeto será determinar el sentido normativo del derecho laboral positivo. Y porque el sentido normativo a determinar circunscribirá su justificación a la existencia del principio de protección a la fuente del empleo como un principio del ordenamiento jurídico laboral chileno, que coexiste con el principio de protección al trabajador, resolviéndose sus colisiones mediante la ponderación. Presentaremos, por tanto, un análisis del Derecho del Trabajo chileno desde el punto de vista de sus conexiones internas de sentido jurídico, inducibles, ciertamente, de sus enunciados normativos.

Dado el carácter dogmático de nuestra tesis, y en función de las hipótesis propuestas, analizaremos el derecho del trabajo vigente a la luz de sus fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias, sin perder de vista sus fuentes históricas, sus fundamentos prácticos y el derecho comparado.

Nuestro método dogmático analítico configurará el principio de protección a la fuente del empleo mediante la inducción –a partir de los enunciados jurídicos laborales– de los elementos conceptuales que lo estructuran. Vale decir, configuraremos este principio mediante la inducción de las siguientes categorías jurídicas laborales: principio jurídico, principio jurídico laboral, empleo, fuente del empleo y protección a la fuente del empleo.

En este proceso la revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional será especialmente tomada en cuenta, sobre todo a propósito de la inducción de la categoría principio jurídico. A nuestro juicio, la conceptualización de la idea de principio jurídico que ambos Tribunales hacen, en particular la Corte Suprema, es compatible con la idea de principio como mandato de optimización (Alexy), que será el modelo teórico que utilizaremos. Asimismo, nuestra interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sugerirá que aquella es correcta, en cuanto a su noción de principio jurídico.

INTRODUCCIÓN

La perspectiva de un prolongado incremento mundial del desempleo, la pobreza y la desigualdad, así como las persistentes dificultades de las empresas, parecen ser algunas de las certezas posibles de distinguir en los análisis socioeconómicos que realizan los expertos. El Pacto Mundial para el Empleo (2009), elaborado por la OIT, pretende precisamente hacerse cargo de tal realidad, exhortando a los Estados miembros a “dedicar una atención prioritaria a la protección y el aumento del empleo por medio de empresas sostenibles y de servicios públicos de calidad y al establecimiento de una protección social adecuada para todos como parte de las acciones que se están desplegando a nivel internacional y nacional para contribuir a la recuperación y el desarrollo”¹.

No hay controversia respecto a que la escasez de empleo y la existencia de empleos de mala calidad constituyen uno de los principales problemas sociales del mundo contemporáneo, porque generan desigualdad e inestabilidad política y social. Y porque, en el plano individual, el tener o no tener un empleo marca el carácter y fija el íter existencial de las personas, toda vez que la vida de ellas en gran medida está trazada en función del empleo.

En este orden de cosas, debe tenerse presente que, conforme ordena el artículo □ 1° inciso cuarto de la CPR, “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”.

Qué duda cabe, el problema del empleo entorpece e impide la realización material y espiritual de las personas. Luego, al Estado chileno no le puede ser indiferente el problema del empleo, y debe contribuir a generar las condiciones objetivas y subjetivas para superarlo.

El Derecho es el vehículo normativo para regular esos procesos de desarrollo que la CPR encarga al Estado. Nos interesa la perspectiva jurídica laboral del problema del empleo. Nuestra

¹ Acerca del Pacto: [en línea] <<http://www.ilo.org/jobspact/about/lang--es/index.htm>> [consulta: 20 marzo 2012].

tesis también persigue un fin práctico y debe ser leída e interpretada como un aporte en pos de la generación de conocimiento jurídico laboral para la comprensión del problema del empleo en Chile.

Como tendremos la oportunidad de justificar más adelante, las normas jurídicas laborales persiguen fines y realizan funciones relacionadas con el desarrollo económico y social del país. Y es que, por lo demás, resultaría muy extraño e insustancial proponer lo contrario, porque las normas jurídicas laborales no están insertas en el mundo abstracto de las ideas, sino que en el de las relaciones laborales, regulando comportamientos y orientando el desarrollo de la sociedad en una lógica de equilibrio entre libertad e igualdad que permita la sustentabilidad de las instituciones políticas.

Frente a sociedades que, por causa de la desigualdad, constantemente están generando tendencias entrópicas, el Derecho del Trabajo ha operado en función de la integración del conflicto entre capital y trabajo, reconduciéndolo transaccionalmente en un orden que no solo protege al trabajador sino que también a la fuente que produce el empleo, puesto que sin empleo más se agudizan los conflictos sociales y la inestabilidad política.

La función transaccional del Derecho del Trabajo implica que la protección al trabajador reconoce como límite, a su vez, la protección a la fuente que produce el empleo, en términos tales que la protección al trabajador no puede significar la grave afectación de aquella, como asimismo, la protección de la fuente del empleo no puede significar una remercantilización del trabajo.

Por consiguiente, frente al problema del empleo, la función integrativa transaccional del Derecho del Trabajo cobra más actualidad que nunca, toda vez que no pierde de vista ni la protección al trabajador ni a la fuente del empleo.

1. EL PROBLEMA MUNDIAL DEL EMPLEO

Como se advertirá, existen fundamentos para afirmar que la cantidad y calidad de empleos disponibles en una sociedad es una especie de variable funcional de la paz, en términos tales que cuanto mayor sea el desempleo o la pauperización de las condiciones de trabajo, más propensa estará la sociedad a generar condiciones de injusticia e inestabilidad, estancándose, como consecuencia de tal proceso, las posibilidades de desarrollo económico-social y de la estabilidad política.

Esta relación funcional que a primera vista pudiera parecer simplista o ingenua, sin embargo podría resultar no ser tal, si aceptamos como elemento preponderante del análisis la circunstancia que el tema del empleo ha estado presente de manera prioritaria en todas las agendas y discursos políticos, sociales, de gobiernos y organismos internacionales, ininterrumpidamente desde hace más de noventa años a la fecha, demostrándose así su pertinencia y complejidad.

En efecto, la OIT fue creada en 1919², como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, bajo “la convicción que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente”³.

Pues bien, noventa años después de la fundación de la OIT, más concretamente entre el 15 y el 17 de junio de 2009, la problemática de la relación entre empleo, justicia social y paz sigue presente en la agenda mundial, ya que en el contexto de la 98ª Conferencia Internacional de la OIT tuvo lugar la “Cumbre sobre la Crisis Mundial del Empleo”, en la cual se adoptó “un Pacto Mundial para el Empleo con el objetivo de orientar políticas nacionales e internacionales destinadas a estimular la recuperación económica, a generar empleos, y a proteger a los trabajadores y sus familias, en un escenario de crisis que genera aumento del desempleo, pobreza y desigualdad, y provoca el colapso de numerosas empresas”⁴.

Cabe señalar que mucho antes de la adopción del Pacto, la OIT había difundido informes en los que se advertía sobre un aumento sin precedentes del desempleo mundial y la persistencia de altos niveles de pobreza⁵. Juan Somavía, Director General de la Oficina Internacional del Trabajo

² Parte XIII del Tratado de Versalles, “Organización Internacional del Trabajo” (artículos □387 al 399).

³ [En línea] <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/lang--es/index.htm> [consulta: 11 febrero 2012]. En el preámbulo de la Constitución de la OIT se lee: “Considerando que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas”.

⁴ [En línea] <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang--es/WCMS_108484/index.htm> [consulta: 12 febrero 2012].

⁵ O.I.T. “La OIT pronostica que las turbulencias de la economía internacional podrían dejar sin empleo a 5

de la OIT, hacía notar que incluso si la recuperación económica comenzaba a manifestarse el año 2009 o el 2010, la crisis del empleo podría durar entre seis y ocho años más. También ha planteado que debe tenerse en cuenta el ingreso de 45 millones de nuevos trabajadores en los mercados laborales cada año, la mayoría jóvenes, y por lo tanto la economía deberá crear al menos 300 millones de empleos en los próximos cinco años solo para mantener los niveles que existían antes de la crisis⁶.

A su vez, los líderes mundiales del G20, reunidos el día 25 de septiembre de 2009 en la ciudad de Pittsburgh, EE.UU., acogieron favorablemente el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT y la construcción de “un marco orientado hacia el empleo para el crecimiento económico futuro”⁷.

Y la situación parece no mejorar. En efecto, “al despuntar el año 2012 el mundo se encuentra ante un grave problema de desempleo y déficit generalizados de trabajo decente. Luego de tres años de una situación de crisis continua en los mercados de trabajo del mundo, y ante la perspectiva de un mayor deterioro de la actividad económica, hay un retraso en el empleo mundial equivalente a 200 millones de puestos de trabajo; un incremento de 27 millones desde el inicio de la crisis. Además, se necesitarán más de 400 millones de nuevos puestos para evitar otro aumento del desempleo, por lo tanto, para generar un crecimiento sostenible y al mismo tiempo mantener la cohesión social, el mundo debe asumir el desafío urgente de crear 600 millones de puestos de trabajo productivos en el próximo decenio. Aun así, quedarán 900 millones de trabajadores que viven con sus familias con unos ingresos inferiores al umbral de pobreza de los dos dólares de los Estados Unidos por día, sobre todo en los países en desarrollo”⁸.

Como se advierte, el panorama de creación de empleo en el mundo ha ido empeorando.

millones de personas en 2008”, disponible [en línea] <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/news/WCMS_090097/lang--es/index.htm> [consulta: 24 abril 2012].

⁶ O.I.T. “Para recuperarse de la crisis: un Pacto Mundial para el Empleo. Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, Ginebra, 19 de junio de 2009. Disponible [en línea] <<http://www.ilo.org/public/spanish/region/eurpro/madrid/download/pactomundial.pdf>> [consulta: 24 abril 2012].

⁷ <En línea> [http://www.ilo.org/global/About the ILO/Media and public information/Press releases/lang--es/WCMS_114204/index.htm](http://www.ilo.org/global/About%20the%20ILO/Media%20and%20public%20information/Press%20releases/lang--es/WCMS_114204/index.htm) [consulta: 12 febrero 2012].

⁸ O.I.T. “Tendencias mundiales del empleo 2012. Prevenir una crisis mayor del empleo”. Ginebra, OIT, 2012, p. 9. Disponible [en línea]: < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_168095.pdf > [consulta: 24 abril 2012].

“La proyección de referencia no presenta cambios en la tasa de desempleo mundial entre el presente y 2016, y sigue situándose en el 6 por ciento de la fuerza de trabajo mundial, ello añadiría otros 3 millones de desempleados en el mundo en 2012, o un total de 200 millones, hasta alcanzar los 206 millones en 2016. Si el riesgo de desaceleración se materializa y el crecimiento mundial cae por debajo del 2 por ciento en 2012, el total mundial de desempleados aumentaría más velozmente hasta superar los 204 millones en 2012, como mínimo 4 millones más que en el escenario de referencia, hasta llegar a los 209 millones en 2013, 6 millones más que en el escenario de referencia. Por otra parte, en el caso de un escenario más benigno, en el que se asume habría una rápida solución a la crisis de la deuda en la eurozona, al total de desempleados del escenario de referencia habría que restar 1 millón de personas en 2012, y otros 1,7 millones en 2013, aun así, ello no bastaría para alterar significativamente la trayectoria de la tasa de desempleo mundial, que se prevé seguirá estancada en un 6 por ciento”, según la O.I.T.⁹

Hoy por hoy, el objetivo principal de la OIT es lograr el empleo productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes, pues el camino principal para salir de la pobreza es mediante el trabajo y los ingresos¹⁰. La fijación de tal objetivo prioritario para la OIT, reafirma la dimensión planetaria y la complejidad del problema del empleo.

Por otra parte, la convulsionada historia sociopolítica del siglo XX demuestra que así como la preocupación por la crisis del empleo resulta más que justificada, toda vez que el bienestar y la paz de los pueblos dependen, en buena medida, de condiciones económicas y sociales sustentables de empleo, puesto que es el medio más adecuado para derrotar la pobreza; así también, la persistencia y transversalidad mundial de la crisis del empleo enseña que no existen modelos económicos sociales que garanticen en todo momento y bajo toda circunstancia estabilidad política laboral.

En efecto, el Estado de bienestar europeo de la postguerra, paradigma de la socialdemocracia, solo duró “treinta gloriosos años”¹¹ y, por cierto, no existen señales que

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Para una revisión de los objetivos de la OIT, entre muchos otros documentos, puede consultarse “La Declaración del Milenio, los ODM y el Programa de Trabajo Decente de la OIT: una Visión de Conjunto”: [en línea] <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/pardev/download/mdg/2010/es/overview2010-es.pdf>> [consulta: 8 marzo de 2012].

¹¹ FOURASTIE, Jean. “Les trentes glorieuses ou la revolution invisible de 1946 a 1975”. París, Artheme Fayard, 1975. Véase también HOBBSAWN, Eric. “Historia del siglo XX”. Buenos Aires, Crítica Grupo Editorial Planeta, 10ª

presagien su recuperación o reconstrucción histórica a los mismos niveles que alcanzó. Asimismo, y desde la otra vereda de la historia, fuimos testigos del derrumbe de las economías del Pacto de Varsovia; los denominados “socialismos reales” que hoy intentan reorganizarse sobre la base de un capitalismo denominado por algunos, como en el caso de Rusia, capitalismo salvaje, sin lograr hasta la fecha índices de empleo y desarrollo económico que den esperanzas de bienestar a sus pueblos. Y con respecto al “sueño americano”¹², otro tanto puede decirse, sobre todo a la luz de los últimos acontecimientos financieros y a la saturación de su economía por la masa migratoria.

Si a todos estos antecedentes les sumamos variables geográficas, demográficas, regulativas, ecológicas, culturales y tecnológicas que ponen en jaque la sustentabilidad¹³ de la sociedad mundial, el resultado es que la solución al problema del empleo, que consiste en satisfacer oportunamente la demanda de tal necesidad, en calidad y cantidad, para nada está asegurada. Por consiguiente, no resulta del todo infundado sostener que la paz social sigue siendo a comienzos del siglo XXI un desafío y una preocupación vital para la humanidad, en función de las condiciones de justicia social y empleo que una sociedad puede estar en condiciones de ofrecer a sus ciudadanos.

2. EL PROBLEMA DEL EMPLEO EN CHILE

Evidentemente nuestro país no está ajeno a la problemática del empleo. Más allá de mejorías coyunturales, en las últimas décadas ha exhibido un desempleo que, sin perjuicio de

HOBSBAWN: “Pero no fue hasta que se hubo acabado el gran boom, durante los turbulentos años setenta, a la espera de los traumáticos ochenta, cuando los observadores –principalmente, para empezar los economistas– comenzaron a darse cuenta de que el mundo, y en particular el mundo capitalista desarrollado, había atravesado una etapa histórica realmente excepcional, acaso única. Y le buscaron un nombre: los “treinta años gloriosos” de los franceses (*Les trentes glorieuses*); la edad de oro de un cuarto de siglo de los angloamericanos (Marglin y Schor, 1990). El oro relució con mayor intensidad ante el panorama monótono o sombrío de las décadas subsiguientes”. HOBSBAWN, *op. cit.*, 260

¹² Término popularizado por el historiador James Truslow Adams, en su libro “La épica de América” (1931), que más propiamente debería denominarse el sueño estadounidense, hace referencia a la consecución de objetivos de progreso social en base al esfuerzo y determinación personal. Una reciente edición: TRUSLOW ADAMS, James. “The epic of America”. USA, Simon Publications, 2001.

¹³ Al respecto, se han tenido presentes los siguientes estudios sobre las bases de la sustentabilidad de los sistemas sociales, publicados recientemente por Jared Diamond. Hay versiones en español: DIAMOND, Jared. “Colapso. Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen”. Barcelona, Debate/Random House Mondadori, traducción del original en inglés “Collapse” (Viking, Penguin Group, NY, 2005), por Ricardo García Pérez, 2008; y, DIAMOND, Jared. “Armas, gérmenes y acero. Breve historia de la humanidad en los últimos trece mil años”. Barcelona, Debate/Random House Mondadori, traducción del original en inglés “Guns, Germs and Steel”, por Fabián Chueca, 2008.

las discusiones acerca de si es cíclico o estructural, su persistencia sugiere la necesidad de implementar procesos de reformas regulatorias, para revertir la tendencia al desempleo y al empleo de mala calidad para la mayoría de los ciudadanos que, por cierto, son los asalariados¹⁴.

En este orden de reflexiones, la pregunta que emerge de tal constatación empírica, no puede sino ser la siguiente: tomando en consideración que sin justicia social y adecuadas condiciones de empleo, la paz social se transforma en un bien jurídico escaso, ¿hasta cuándo podrá sostenerse esta situación sin un progresivo deterioro de la democracia y la estabilidad sociopolítica?

El problema del empleo es sin duda el tema más sensible y de mayor impacto social en la discusión de las políticas públicas chilenas, ya que repercute en la vida de la mayoría de la población, y su persistencia pone en duda, entrapa o dificulta las expectativas de desarrollo del país.

La problemática del empleo, que consiste en la falta de trabajo y la mala calidad del existente para los sectores más vulnerables de la sociedad, ha motivado que algunos reconocidos economistas hayan afirmado que “la falta de trabajo es causa central de la gran desigualdad que aqueja a Chile. Hasta que las oportunidades de empleo no sean más abundantes, en especial para las chilenas y los chilenos más pobres, los esfuerzos por superar la desigualdad de un modo duradero serán casi siempre estériles. Sin más trabajo, con dificultad alcanzaremos mayores grados de justicia social”¹⁵.

Porque en efecto, en el Chile del año 2011 existen más de 10,7 millones de personas en

¹⁴ Se ha debatido en torno a si el desempleo en Chile es cíclico o estructural, entre otros, puede consultarse: GATICA, Jaime y ROMAGUERA, Pilar. “El mercado laboral en Chile: Nuevos temas y desafíos”. Santiago, OIT, Oficina Subregional para el Cono Sur de América Latina, 2005; CESPEDES, Luis Felipe y TOKMAN, Andrea. “Evolución del (des) empleo en Chile”. Santiago, Expansiva, en FOCO, N° 50, 2005; MONTENEGRO E., Claudio y PAGÉS, Carmen. “¿Quién se beneficia de las Regulaciones al Mercado del Trabajo? Chile, 1960-1998, en: KECKMAN, James J. y PAGÉS, Carmen (editado). “Regulación y empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe”. Santiago, edición especial en español CISS/CIEDESS, 2005; REINECKE, Gerhard y FERRADA, Christian. “Creación y destrucción de empleo en Chile: análisis de datos longitudinales de la ACHS”. Santiago, ACHS/OIT Oficina Subregional para el Cono Sur de América Latina, 2005; INFANTE, Ricardo y SUNKEL, Guillermo. “Chile: Trabajo decente y calidad de vida familiar, 1990-2000”. Santiago, OIT, 2004; COWAN, Kevin, MICCO, Alejandro, MIZALA, Alejandra, PAGÉS, Carmen y ROMAGUERA, Pilar. “Un diagnóstico del desempleo en Chile”. Santiago, MINISTERIO DE HACIENDA CHILE/BID/CENTRO DE ECONOMÍA APLICADA DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL UNIVERSIDAD DE CHILE, 2003.

¹⁵ VELASCO, Andrés y HUNEEUS, Cristóbal. “Contra la desigualdad. El empleo es la clave”. Santiago, DEBATE, 2011, pp. 187

condición de trabajar, y solo 7,1 millones tienen empleo. La falta de trabajo afecta sobre todo a las mujeres y los jóvenes de Chile. Solo el 18 por ciento de las chilenas más pobres en edad de trabajar goza de un empleo y asimismo solo un 11 por ciento de los jóvenes lo posee¹⁶.

La tasa de empleo¹⁷ en Chile, al año 2009, contando hombres y mujeres, era de 66,5 por ciento. Pero hay que considerar desagregadamente que solo el 49,5 por ciento de las mujeres mayores de 24 años trabaja, contra el 61,3 por ciento promedio de los países de la OECD.

Si bien es cierto que la tasa de empleo para hombres chilenos de 24 años alcanza un 84,4 por ciento, situándola por encima del promedio de la OECD que llega al 80,3 por ciento; las disparidades y génesis de las desigualdades las encontramos entre los hombres de 15 a 24 años, cuya tasa de empleo es 31,2 por ciento, lejos del promedio de OECD que exhibe un 42,8 por ciento; y entre las mujeres chilenas del mismo grupo de edad, cuya tasa de empleo es 19,8 por ciento contra un promedio OECD del 37,1 por ciento¹⁸.

“Dicho de otro modo: Chile sufre de un tremendo problema de empleo (o, mejor dicho, falta de empleo) juvenil, que afecta tanto a mujeres como a hombres. De hecho la tasa de empleo para las personas entre 18 y 24 años de edad es apenas 37 por ciento, un poco más que la mitad del promedio nacional”¹⁹.

El problema del empleo en Chile, como decíamos unos párrafos más atrás, es una de las causas centrales de la desigualdad material que aqueja a nuestro país. En efecto, porque, primero que nada, los que menos oportunidades tienen de trabajar son los chilenos y chilenas que se ubican en los primeros deciles, y, en segundo término, la diferencia remuneracional entre una persona pobre que trabaja (decil 1) y una rica que trabaja (decil 10) es 17,8 veces a favor de esta última²⁰. Así tenemos que el coeficiente de GINI²¹ para Chile es 58,4, contra un 30 en promedio

¹⁶ *Ibíd.*, p. □17.

¹⁷ Usualmente se entiende por tasa de empleo la proporción de personas en edad de trabajar (24 y 65 años) que tienen trabajo, v. VELASCO, Andrés y HUNEEUS, Cristóbal. “Contra la desigualdad. El empleo es la clave”, *op. cit.*, p. □35.

¹⁸ VELASCO, Andrés y HUNEEUS, Cristóbal. “Contra la desigualdad. El empleo es la clave”, *op. cit.*, *passim*, pp. □35, 36 y 37.

¹⁹ *Ibíd.*, p. □38.

²⁰ *Ibíd.*, p. □28.

²¹ El Coeficiente de Gini es una medida de la desigualdad ideada por el cientista social italiano Corrado Gini, comúnmente utilizada y aceptada entre los economistas. El coeficiente Gini tiene “un valor cero si los ingresos están distribuidos de modo totalmente igualitario, y tiene un valor de cien si una persona se lleva todos los ingresos y el resto no recibe nada”, v. VELASCO, Andrés y HUNEEUS, Cristóbal. “Contra la desigualdad. El empleo es la clave”,

para los países desarrollados²².

El diagnóstico es que vivimos y morimos en un país socioeconómicamente desigual, que, y los últimos acontecimientos nacionales así lo demuestran, clama por mayores niveles de justicia social, a riesgo de poner en serios aprietos la paz, la estabilidad política y, potencialmente, el Estado de Derecho²³. Y la causa central de esa desigualdad es el problema del empleo.

3. EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL PROBLEMA DEL EMPLEO

Frente al problema del empleo se han alzado voces culpabilizando al Derecho del Trabajo o, más específicamente, a las excesivas rigideces de sus normas jurídicas. El debate sobre flexibilidad laboral de las últimas dos décadas del siglo XX atestigua tales cargos, en cuanto se ha postulado que las normas jurídicas laborales impiden la creación de empleo o bien, retrasan el ajuste económico, impidiendo mejoras en las tasas de desocupación.

La discusión sobre flexibilidad laboral ha tenido lugar básicamente en el terreno de la economía, la sociología del trabajo y la política jurídica laboral²⁴, pero no así, ni con la misma intensidad, en el ámbito de la dogmática jurídica laboral. Es más, nos atreveríamos a afirmar que los discursos sobre flexibilidad laboral, en lo que atañe al Derecho del Trabajo, son casi por definición discursos de política jurídica laboral, esto es, discursos teóricos que apuntan hacia cómo debería ser el ordenamiento jurídico laboral, no analizándolo principalmente desde el punto de vista de sus conexiones internas en la perspectiva concreta de intentar comprender el sentido de sus normas jurídicas, reconstruyéndolo racionalmente.

op. *cit.*, p. 57.

²² *Ibidem*, p. 57.

²³ Un autorizado diagnóstico sobre el estado de la equidad social y económica en Chile, sobre los peligros que encierra la inequidad y propuestas para su mejoramiento: “Hacia un Chile más justo: trabajo, salario, competitividad y equidad social. Informe Final”, Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, mayo, 2008, disponible: [en línea] <http://www.oei.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf> [consulta: 9 febrero 2012].

²⁴ La bibliografía sobre flexibilidad laboral es extensa y variada, no justificándose una muestra de ella a pie de página. Sí, en cambio, y por la importancia que tuvo para el debate internacional, mencionaremos una obra clásica sobre flexibilidad laboral. Nos referimos a: BOYER, Robert (dir.). “La flexibilidad del trabajo en Europa. Un estudio comparativo de las transformaciones del trabajo asalariado en siete países, entre 1973 y 1985”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986. En el pasado, y desde una perspectiva sociológica jurídica teórica, investigamos en profundidad el tema, v. LÓPEZ ONETO, Marcos. “Flexibilidad laboral chilena y principio de protección a la fuente del empleo”. Santiago, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Dirección del Trabajo/Departamento de Estudios, N° 18.419.9, para una defensa del De como un factor que no incide necesariamente en la creación de empleo, v. LÓPEZ, Diego. “Derechos, Trabajo y Empleo”. Santiago, LOM, 2004.

Desde ya aclaramos que nuestra tesis no es un estudio sobre flexibilidad laboral. No pretendemos responder la pregunta acerca de si las regulaciones jurídicas laborales afectan o tienen alguna incidencia en el problema del empleo o el desempeño económico de la sociedad²⁵. Consideramos que dicha perspectiva de análisis, como decíamos unos reglones más atrás, está más cerca de la economía o sociología del trabajo que de la dogmática jurídica, campo metodológico de nuestra tesis.

Por consiguiente, frente al problema del empleo, lo que nos interesa es la respuesta jurídica laboral positiva. Es decir, básicamente nuestra preocupación científica está signada por la búsqueda de conocimiento sobre si las normas del ordenamiento jurídico laboral chileno manifiestan expresa o implícitamente a través de alguna forma deóntica esta preocupación por el empleo, pero más específicamente por la fuente que lo produce, porque sin fuente no hay empleo y sin empleo el ordenamiento jurídico laboral se queda sin objetos reales y concretos de regulación, cuestión que por cierto no es trivial.

Empleo y fuente del empleo son, evidentemente, dos fenómenos relacionados. El empleo no es una actividad abstracta separada de la fuente que lo produce. El empleo, para nacer, primero debe ser generado por una fuente que lo utilizará para producir bienes y servicios (económicos o filantrópicos).

La generación del empleo es un fenómeno organizacional complejo, compuesto de varios elementos, cuya puesta en marcha demanda la utilización de importantes raudales de inteligencia y energía. Todos los esfuerzos que se hicieren por proteger al empleo, ciertamente que no resultarían eficaces si, por su parte, no se protegiera a la fuente que lo genera.

El problema del empleo, por consiguiente, tiene dos caras. Una, la del empleo y el trabajador, y otra, la de la fuente que lo produce, a saber: la empresa.

²⁵ Un ejemplo de esa clase de investigación, en: PAGÉS, Carmen y MONTENEGRO, Claudio E. ¿Quién se beneficia de las regulaciones al Mercado de Trabajo? Chile, 1960-1998”, en: HECKMAN, J. James y PAGÉS, Carmen (edit.). “Regulación y Empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe”. Santiago, Edición especial en español CISS y CIEDESS, 2005, pp. 4439 Estos autores concluyen que “paradójicamente las regulaciones de seguridad del empleo y salario mínimo parecen ser perjudiciales para los mismos trabajadores que se supone deberían ayudar. Nuestros resultados sugieren que tanto los salarios mínimos como las regulaciones de seguridad del empleo reducen las oportunidades de empleo de los trabajadores jóvenes y no calificados –y particularmente de los jóvenes no calificados– mientras que favorecen las tasas de empleo de los trabajadores calificados y mayores. También hemos encontrado indicaciones de que las regulaciones de seguridad del empleo pueden forzar a algunos trabajadores, particularmente a las mujeres y a los no calificados, fuera del empleo asalariado y hacia el trabajo independiente”, v. ibídem, pp. 4432

Relacionando lo expuesto hasta ahora tenemos que, si la falta de empleo y los empleos de mala calidad socioeconómica son la causa central de la desigualdad, y la desigualdad, por su parte, es una de las principales trabas al progreso y desarrollo integral del país; parece entonces razonable no descartar *a priori* la protección jurídica de la empresa como un fin del ordenamiento jurídico laboral, sobre todo de las que generan la mayor cantidad de empleos en Chile: las Pymes, porque protegiéndolas, se crean mejores condiciones para el empleo y potencialmente para la igualdad material.

Dicho lo anterior y concluyendo, lo que nuestra tesis se propone investigar es si el problema del empleo se ha comunicado o se ha manifestado en el nivel del derecho positivo. Nos interesa inquirir si las normas que componen el ordenamiento jurídico laboral han incorporado a sus fines la protección de la fuente del empleo, bajo el supuesto que protegiendo a la fuente del empleo también se protege al empleo y se avanza en el desarrollo de la igualdad material.

Por lo anterior, nuestra propuesta no es ni debe ser interpretada como una tesis sobre flexibilidad laboral o como una tesis sobre la relación entre las variables “regulaciones jurídicas laborales” y “tasa de empleo o desocupación” o cualquier otra tasa o variable económica externa al sistema jurídico laboral. Y no debería ser interpretada bajo tales perspectivas, porque esta investigación se circunscribe al sentido normativo del ordenamiento jurídico laboral manifestado a través de sus enunciados jurídicos positivos. No nos interesa por tanto descubrir conexiones o relaciones causales entre variables externas al propio ordenamiento jurídico laboral. Solo nos interesa saber qué dice el Derecho del Trabajo, en un momento determinado, sobre ciertas materias objeto de su regulación. Tal conocimiento, por cierto, no lo negamos, puede ser la base para posteriores propuestas en materia de política jurídica laboral.

En síntesis, y presentado de modo general, nuestro trabajo es una tesis dogmática que pretende determinar si la fuente que produce el empleo, hoy por hoy, es un bien jurídico expresa o implícitamente reconocido en las normas del ordenamiento jurídico laboral, en términos tales de gozar de protección por parte de aquel.

4. HIPÓTESIS

Bajo ninguna circunstancia ponemos en duda que el principio de protección al

trabajador es el principio jurídico que históricamente ha gobernado normativamente el ordenamiento jurídico laboral chileno. Y por cierto que tampoco postulamos su retirada, decadencia o cualquier otra desvalorización jurídica positiva del mismo. Sin protección al trabajador, el ordenamiento jurídico laboral desaparece y deviene en otra clase de ordenamiento jurídico.

Aclarado lo anterior, postularemos que, en el presente, no solo protege al trabajador sino que también a la fuente del empleo. El ordenamiento jurídico laboral chileno no ha sido completamente refractario a los problemas del empleo y, más en general, de la economía. Estamos en presencia de un ordenamiento jurídico laboral bidireccional o que posee dos grandes fines.

A nuestro juicio esos fines son protección al trabajador y protección a la fuente del empleo que, por cierto, es la empresa, y no necesariamente el empleador, como podría ser comprendido en una aproximación patrimonialista fuerte al tema.

En efecto, nosotros justificaremos que la empresa es una organización que trasciende los intereses individualmente considerados de los trabajadores y de los empleadores, erigiéndose en un ente o ser jurídico que, precisamente por generar empleo y contribuir al desarrollo económico y social del país, el orden público laboral protege, estableciendo un especie de *coto vedado* a los intereses de los trabajadores y empleadores.

Así, bajo una comprensión que integra elementos patrimonialistas e institucionalistas, la empresa se configurará como un cuerpo intermedio de la sociedad cuya protección puede significar que los intereses de los trabajadores o los intereses de los dueños del capital y/o empleadores (empresarios), sean preteridos en conflictos jurídicos, precisamente para proteger a la empresa que es la fuente que genera el empleo, hoy por hoy uno de los bienes sociales más escasos en el mundo.

Una revisión de los enunciados normativos del ordenamiento jurídico laboral chileno nos permitirá justificar que la protección de la fuente del empleo no es una situación normativa puntual, sino que se trata de un tipo de norma jurídica presente e inferible de un conjunto amplio y diverso de enunciados.

Esta norma jurídica se presenta como un mandato de optimización de los fines de protección a la fuente del empleo, es decir, se manifiesta bajo la forma de un principio

jurídico, según la concepción de principios de Robert Alexy²⁶.

En síntesis, nuestra hipótesis, cuya justificación desarrollamos en el cuerpo de la tesis, postula:

- a) Que en el ordenamiento jurídico laboral chileno actualmente vigente existe un principio de protección a la fuente del empleo;
- b) Que el principio de protección a la fuente del empleo coexiste con el principio de protección al trabajador, y
- c) Que su aplicación permite solucionar casos en los cuales el principio de protección al trabajador o los principios que protegen el derecho de propiedad del empleador, pueden ser preteridos.

En la actualidad no existe ni en la jurisprudencia ni en la doctrina *iustlaboralista* chilena un reconocimiento implícito o expreso al principio de protección a la fuente del empleo. Por consiguiente, nuestra tesis constituye el primer intento de justificación doctrinal o dogmática del mismo.

5. MÉTODO

Esta tesis tiene un enfoque dogmático “por cuanto su objeto será determinar el sentido normativo del derecho positivo válido”²⁷ de una zona del ordenamiento jurídico chileno.

El sentido normativo a justificar será la existencia del principio de protección a la fuente del empleo como un principio del ordenamiento jurídico laboral chileno, que coexiste con el principio de protección al trabajador, resolviéndose sus colisiones mediante la ponderación.

Dado el carácter dogmático de nuestra tesis, y en función de la hipótesis propuesta, nos proponemos analizar el ordenamiento jurídico laboral a la luz de sus fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias, sin perder de vista sus fuentes históricas, sus fundamentos

²⁶ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción y estudio Carlos Bernal Pulido, 2ª edic., 2007.

²⁷ KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del Derecho”. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2ª edic., traducción de como la ciencia de la comprensión del sentido normativo del derecho, también en: LARENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona, Ariel, 1ª edic., 3ª reimp., 2009, pp. 177

prácticos y el derecho comparado²⁸.

Nuestro método dogmático analítico configurará el principio de protección a la fuente del empleo mediante la inducción –a partir de los enunciados jurídicos laborales– de los elementos conceptuales que lo estructuran. Vale decir, configuraremos el principio mediante la inducción de las siguientes categorías jurídicas laborales: principio jurídico, principio jurídico laboral, empleo, fuente del empleo y protección a la fuente del empleo.

En este proceso, la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional serán especialmente tomadas en cuenta, sobre todo a propósito de la inducción de la categoría principio y principio jurídico. A nuestro juicio, la conceptualización de la idea de principio, que ambos Tribunales hacen, en particular la Corte Suprema, es compatible con la idea de principio como mandato de optimización (Alexy). Asimismo, nuestra interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sugerirá que aquella es correcta, en cuanto a su noción de principio jurídico.

Esta comprensión general de los principios, base de nuestra tesis, nos permitirá distinguir el principio de protección a la fuente del empleo.

Es necesario consignar que nuestra propuesta argumentativa no rehuyendo de su deber metodológico principal de definir conceptos y proponer conceptualizaciones, también ha tenido presente las ventajas de aproximarse al derecho mediante la elucidación del mismo²⁹. En cierta forma, por consiguiente, nuestro método de exposición, en parte, se aproxima a una elucidación del principio de protección a la fuente del empleo.

Por otra parte hacemos presente que a lo largo de esta tesis se utilizan las palabras concepto y concepción. Al respecto aclaramos que el término concepto lo usamos para referir una idea muy general o abstracta, con un significativo poder de identificación por diversos

²⁸ Una precisa y sintética presentación general del método dogmático jurídico en: BARROS, Enrique. “La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, en: Estudios Públicos (112): 316-317, 2008.

²⁹ Utilizamos el término elucidación inspirados en el “*Method of elucidation*” propuesto por Hart (“una elucidación del concepto de derecho, y no como una definición de derecho”, v. HART, H. L. A. “El concepto de derecho”. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, 1961), en: Estudios Públicos, traducción Genaro A. Rodríguez Cordero, 2008. El objeto más que consistir en definir un concepto o categoría jurídica, pasa “por aclarar o explicar el concepto mismo”, v. ROBLES, Gregorio. “Hart: algunos puntos críticos”. Doxa. 21 (II): 376, 1998. Lo cual, por cierto, no importa una exclusión o contradicción con el método de definición clásico aristotélico mediante género y diferencia específica (*genus proximum differentia specifica*). Para una teoría general de la definición puede consultarse: RICKERT, Heinrich. “Teoría de la definición”. México, UNAM, 1960.

auditorios. Por concepción, en cambio, entenderemos una especial descripción o especificación de un concepto, que revela las controversias o distintas apreciaciones que existen sobre él. Esta distinción entre concepto y concepción ha sido utilizada en el campo jurídico por varios autores³⁰.

6. PLAN DE LA TESIS

La tesis se divide en seis capítulos.

En el capítulo I, y puesto que para poder hablar de principio de protección a la fuente del empleo previo es conocer qué, en general, son los principios laborales, nos abocaremos a la conceptualización dogmática de los principios jurídicos, mediante el análisis de las fuentes constitucionales y legales, jurisprudenciales y doctrinarias. En este capítulo justificamos que los principios jurídicos laborales se encuentran plenamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral chileno ya que: a) constan expresa o implícitamente en los enunciados normativos de aquel, b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de *obiter dicta*, *ratio decidendi* o norma *decisoria litis*, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden en algún nivel del sistema de fuentes (formales o materiales). Al final del capítulo proponemos nuestra concepción de principio jurídico laboral como mandato de optimización, extraída de la jurisprudencia de la Corte Suprema, con la ayuda de la teoría de los principios de Robert Alexy.

En el capítulo II, y estando ya en posesión de una concepción de principios jurídicos laborales, avanzaremos en la justificación del principio de protección a la fuente del empleo, proponiendo una comprensión dogmática de la categoría empleo.

El capítulo III tiene por objeto precisar conceptualmente la idea de fuente del empleo. A partir de una reconstrucción dogmática arribaremos a la conclusión que la empresa es la fuente del empleo. Nuestra conceptualización dogmática de la empresa laboral se sustentará teóricamente en una comprensión que, intentando superar las concepciones opuestas

³⁰ Así, DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”, Barcelona, Ediciones Ariel Derecho, 1ª edición, 8ª reimp., traducción Marta Guastavino, 2010, pp. 215-4 “El imperio de la justicia”. Barcelona, Gedisa, 1ª edición, 2ª reimp., traducción Claudia Ferrari, 2005, pp. 60-61 Entre nosotros, ha sido aplicada por Atria como herramienta metodológica para fundamentar su crítica a la justicia constitucional, v. ATRIA, Fernando. “El derecho y la contingencia de lo político”, en: *Doxa* (26): 319, 2003. Más recientemente, en su tesis doctoral, Nash recurre a ella también como herramienta metodológica para distinguir una concepción jurisprudencial de los derechos fundamentales, v. NASH ROJAS, Claudio. “La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica”. México, Fontamara, 2010, p. 64.

patrimonialistas e institucionalistas, incorpora elementos de ambas en una propuesta integracionista de la empresa. Esta concepción integracionista permite distinguir jurídicamente a la empresa como fuente del empleo, porque distinguiéndola en tanto unidad productiva fundamental del mercado que genera el empleo de los factores productivos, tampoco se pierde de vista que el gobierno de la misma está estructuralmente ligada a los derechos de propiedad del titular del capital de la misma, quien se apropia legalmente de los frutos que le proporciona.

El objetivo del capítulo IV queda expresado en su título: “Configuración dogmática del principio de protección a la fuente del empleo”.

En efecto, en este capítulo procedemos a concatenar conceptualmente las categorías dogmáticas justificadas en los capítulos I, II y III, configurando el principio de protección a la fuente del empleo. La configuración del principio equivale a la justificación y/o prueba dogmática de la validez del mismo en el ordenamiento jurídico laboral chileno. Por otra parte, en este capítulo también ponemos a prueba la pretensión de corrección de nuestra tesis, discutiendo las eventuales críticas que se podrían formular en su contra. Al respecto distinguiremos entre críticas políticas jurídicas laborales y críticas dogmáticas.

El capítulo V tiene por misión hacer una presentación práctica jurídica del principio de protección a la fuente del empleo, por medio de la distinción de algunos ejemplos y la construcción de las herramientas para su aplicación en el debate jurisdiccional, así como de la discusión de casos en los cuales el principio puede ser utilizado correctamente.

La tesis llega a su fin en el capítulo VI, donde se asientan sintéticamente las conclusiones y proyecciones de ésta en la cultura jurídica laboral chilena.

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES

I. INTRODUCCIÓN

Puesto que nuestra tesis justificará la existencia del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno, resulta un paso necesario de la argumentación proponer un concepto operacional de ordenamiento jurídico laboral y los criterios de reconocimiento de los principios jurídicos laborales, en tanto normas jurídicas integrantes de dicho ordenamiento.

Desde un punto de vista normativo, el ordenamiento jurídico laboral chileno puede ser definido como el conjunto unitario y coherente de normas jurídicas que rigen las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores dentro del territorio nacional de la República de Chile³¹.

Existen diversos criterios para distinguir las normas que componen un ordenamiento jurídico. Dependiendo del criterio de distinción que se utilice será el tipo o clase de norma que se obtendrá. Por ejemplo, tratándose del ordenamiento jurídico laboral, si el criterio de distinción lo ubicamos en el material normativo que el Juez puede considerar en la fundamentación de la sentencia, entonces podremos proponer que se compone de normas y/o preceptos constitucionales, legales, los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, e incluso los principios de derecho o de equidad.

Dicha propuesta taxonómica nos ha sido sugerida por el N° cuando dispone:

□ 5 del artículo □

“La sentencia definitiva deberá contener: 5. Los preceptos constitucionales, legales o los

³¹ Nuestra idea general de ordenamiento jurídico se sostiene en la sistematización teórica introductoria que ha efectuado: SQUELLA, Agustín. “Introducción al derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic. actualizada y ampliada, 2011, pp. 529. También en la sistemática de LARENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1ª edic. Substituímos, 12009, pp. 77

según la cual las normas están relacionadas entre sí de diferente modo y solo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. “Descubrir las conexiones de sentido en que las normas jurídicas y regulaciones particulares se encuentran entre sí y con los principios directivos del orden jurídico, y exponerlos de un modo ordenado que posibilite la visión de conjunto –es decir, en la forma de sistema– es una tarea importante de la Jurisprudencia científica”, v. LARENZ, Karl, “Metodología de la Ciencia del Derecho”, *op. cit.*, 437. En función de lo anterior, si el criterio de distinción del ordenamiento jurídico laboral chileno lo situamos en el objeto principal de regulación de las normas jurídicas de que se compone, entonces estamos en condiciones de afirmar que el ordenamiento jurídico laboral chileno es la regulación jurídica de las relaciones individuales y colectivas de trabajo que se generan entre los trabajadores y empleadores. Esta afirmación se justifica positivamente a partir del inciso primero del artículo

borales del Código del Trabajo, cuando dispone: “Las relaciones de trabajo se regularán por este Código y sus leyes complementarias”. Sobre el ámbito de aplicación y objeto de regulación del Código del Trabajo, desde un punto de vista doctrinario, dogmático y jurisprudencial, puede consultarse, THAYER ARTEAGA, William. “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., 2010, pp. 29

contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funde”.

La citada disposición legal tiene una trascendencia fundamental para nuestra tesis que, como sabemos, ensayará y someterá a prueba la hipótesis que postula la existencia de un nuevo principio en el ordenamiento jurídico laboral chileno, al cual denominamos principio de protección a la fuente del empleo.

Y es que el mandato que el N° □5 del artículo □
cuanto a que su sentencia deberá fundarse en principios jurídicos, implica *prima facie* al menos dos órdenes fenoménicos: primero, que los principios existen (tienen validez) y forman parte de la realidad que constituye el derecho, pues de otro modo no los hubiera considerado como parte del material autoritativo que puede utilizar el Juez; y, en segundo término, que los principios cumplen una función normativa, ya que pueden servir de fundamento a un fallo que establecerá derechos y obligaciones para las partes del litigio.

Pero, si bien es cierto que la citada disposición legal genera los presupuestos ontológicos y epistemológicos jurídicos para distinguir la existencia de principios en el ordenamiento jurídico laboral chileno, sin embargo, no es mucho lo que nos puede decir sobre su efectiva aplicación y reconocimiento jurisdiccional o de su comprensión por parte de la doctrina, aspectos estos últimos muy importantes desde el punto de vista dogmático, para la configuración de los principios en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

Porque del reconocimiento legal de los principios (esto es, de su validez), que hace el N° □5 del artículo □
eficacia, por cuanto una norma válida es solo una norma que debe ser obedecida y aplicada, mas no una norma efectivamente aplicada y cumplida. Se dice así que una norma es eficaz, cuando, siendo válida, además es generalmente obedecida y aplicada. La eficacia de las normas jurídicas es una categoría que explica el hecho habitual de obedecer y aplicar las normas válidas³².

La reflexión anterior sobre eficacia del derecho se justifica porque consideramos que, para los efectos de nuestra tesis, pudiendo bastarnos con probar solo la validez de los principios jurídicos laborales, sin embargo, la confrontación de la validez de éstos con su eficacia jurisdiccional será un procedimiento que reforzará su configuración o formalización.

³² SQUELLA, Agustín. “Introducción al derecho”, *op. cit.*, □488.

Y porque además, y como fue puesto de relieve por Kelsen, “un mínimo de la llamada ‘efectividad’ es una condición de su validez”³³. “La eficacia es condición de validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez”³⁴.

Pero aun cuando excede los límites trazados para esta tesis revisar el debate sobre la distinción eficacia y validez de las normas jurídicas, conviene hacer algunos alcances conceptuales a propósito de dicho de tema.

Entenderemos por validez de la norma jurídica: “la existencia específica de que estas se encuentran dotadas. Por lo mismo, decir que una norma jurídica es válida equivale a afirmar que ella existe como tal, y que, por ello, es obligatoria, y obligatoria, además, en un doble sentido, a saber, para los sujetos normativos que deben obedecerla, como también para los órganos jurisdiccionales, los cuales tienen el deber de aplicarla en sus consecuencias coercitivas”³⁵.

Por otra parte, “puede decirse que una norma jurídica es eficaz, o que un conjunto de ellas lo son, o que lo es todo un ordenamiento jurídico globalmente considerado, cuando dicha norma, normas u ordenamiento son por lo general obedecidos y aplicados, esto es, cuando los sujetos normativos actúan en la mayoría de los casos como las normas o el ordenamiento les prescriben hacerlo, y cuando los órganos jurisdiccionales, también en la mayoría de los casos, aplican las consecuencias jurídicas previstas por las normas, en especial las sanciones que se establecen para el caso de que los sujetos normativos no den cumplimiento a lo que las

³³ KELSEN, Hans. “Teoría pura del Derecho”. México, Editorial Porrúa S.A., traducción Roberto J. Vernego, 8ª edic., 1995, p. 24.

³⁴ *Ibidem*, p. 25.

³⁵ SQUELLA, Agustín. “Introducción al derecho”, *op. cit.*, p. 441. Hemos tenido discusiones teóricas que complejizan el tema. Nuestra opción conceptual, sin embargo, elude la posibilidad de entrar en el referido campo teórico, por considerar que, dado el enfoque preeminentemente dogmático de la tesis, la noción de existencia del derecho como validez, es el punto de partida y base explicativa mínima de nuestros puntos de vista. Para una revisión de los autores que han analizado el tema: ALCHOURRÓN E., Carlos y BULYGIN, Eugenio. “Norma Jurídica”, en: GARZÓN VALDEZ, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (a cargo de la edición) “El Derecho y la Justicia”. Madrid, Editorial Trotta, 2ª edic., 2000, pp. 106-107. Hemos tenido discusiones sobre la existencia como vigencia (Kelsen, Ross, Hart), como pertenencia (Kelsen), como validez normativa (Nino, Raz) y como formulación. Para una profundización monográfica v. NINO SANTIAGO, Carlos. “La validez del derecho”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1ª edic., 1995, pp. 219-225.

normas demandan de ellos”³⁶.

El concepto de eficacia citado envuelve dos tipos de eficacia, a saber: eficacia personal (de los sujetos normativos) y eficacia jurisdiccional (de los órganos jurisdiccionales).

Ahora bien, deberíamos coincidir en que la existencia de principios en el ordenamiento jurídico laboral es una cuestión normativa que se comprueba inicialmente en el nivel de validez del ordenamiento. Dicho de otro modo, los principios existirán en la medida que puedan ser reconocidos o identificados mediante el examen de los enunciados normativos vigentes del ordenamiento jurídico laboral. Y deberíamos coincidir, además, que aquel examen es un paso ineludible de nuestra tesis, ya que constituye la comprobación dogmática mínima a que se encuentra obligada. Sin embargo, nos autoimpondremos parámetros más exigentes, vinculados a la idea de eficacia, pero con ciertas prevenciones.

Porque respecto de la eficacia el asunto es más complejo. En efecto, el concepto de eficacia presentado algunos párrafos más atrás, no resulta completamente adecuado para los fines de nuestra tesis porque incluye como nota distintiva la comprobación del cumplimiento de la norma jurídica por los sujetos normativos. El estudio e investigación de tal clase de fenómenos nos parece más próximo al campo de la sociología jurídica³⁷ que de la dogmática jurídica.

Supera, por consiguiente, el marco metodológico de nuestra tesis enfocarse en la eficacia del cumplimiento de la norma jurídica laboral en función de los sujetos normativos. Sí, en cambio, consideramos plausible revisar críticamente (selectivamente o en parte) el seguimiento o cumplimiento de los órganos jurisdiccionales de las normas jurídicas. En particular, nos interesa la jurisprudencia laboral sobre principios, porque en ella se va dejando testimonio de la tendencia de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la aplicación, en sus fallos, de dicha clase de normas jurídicas.

³⁶ SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “Introducción al Derecho”, *op. cit.*, pp. 488. Una síntesis de los principales tópicos de la discusión sobre validez y eficacia, con especial mención a la teoría kelseniana acerca de la eficacia de las normas jurídicas en tanto condición de su validez, puede consultarse en la obra citada, pp. 508-507.

³⁷ En términos generales, la sociología del derecho puede ser definida como la ciencia social que produce teoría “para explicar la influencia de los factores sociales en el derecho y de la incidencia que este tiene, a su vez, en la sociedad”, v. SORIANO, Ramón. “Sociología del Derecho”. Madrid, Editorial Ariel, 1997, p. 17. El campo de estudio de la sociología del derecho es, por consiguiente, y como tradicionalmente se ha propuesto, no sin matices y variadas perspectivas por cierto, el de los hechos jurídicos o bien de los efectos del derecho en la sociedad, v. KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del derecho”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª edic., reimp., pp. 39, 49, 76, 361; DÍAZ, Juan. “Sociología del Derecho”. Madrid, Taurus, 2ª edic., reimp., 1993, pp. 183.

Asimismo, la revisión de la jurisprudencia sobre principios resulta trascendental, puesto que la aplicación de las normas jurídicas, entre ellas de los principios, implica lógicamente no solo la interpretación o comprensión previa de ellas, sino que también su reconocimiento o identificación por el órgano jurisdiccional como parte del ordenamiento jurídico laboral.

Por otra parte, y dado que tanto la dogmática como la jurisprudencia recurren a las teorías y doctrinas explicativas de las instituciones jurídicas es que elevaremos más aún el nivel de exigencia de nuestro criterio de reconocimiento o identificación de los principios dentro del ordenamiento jurídico laboral chileno, e incluiremos en él las construcciones teóricas y dogmáticas sobre el tema, esto es, lo que usualmente se denomina doctrina *iuslaboralista*.

El criterio de reconocimiento propuesto, e insistimos que solo para los efectos de esta tesis, implicará por consiguiente también una conceptualización operacional del ordenamiento jurídico laboral, diversa de la meramente descriptiva enunciada al comienzo de esta introducción, ya que incluye no solo las normas jurídicas que lo componen sino que también la comprensión jurisprudencial y doctrinaria de tales normas. Decimos así, y desde otro plano de análisis, que el ordenamiento jurídico laboral se autocomprende y reproduce a sí mismo por la aplicación e interpretación que los operadores autorizados realizan de aquel, autoconstituyéndose en un sistema jurídico³⁸.

En síntesis, nuestro criterio operacional de reconocimiento de las normas del ordenamiento jurídico laboral, y en particular de los principios, es complejo, ya que incluye criterios de validez, eficacia acotada y doctrina *iuslaboralista*, dando cuenta del Derecho del Trabajo chileno como un fenómeno contingente, en permanente cambio y evolución: “un derecho vivo”, como postula Walker Errázuriz³⁹.

Establecido lo anterior, convengamos entonces que una primera cuestión que deberemos

³⁸ A nivel de teoría general, ponemos en relación este tema con el de la autocomprensión o autodescripción del derecho, esto es, del derecho como un sistema autorreferente o autopoietico, que se describe y produce a sí mismo. Para una indiscutida referencia sobre el tema, v. LUHMAN, Niklas. “El derecho de la sociedad”. México, TEUBNER, Gunther. 2ª edic., Herder/Univ. a) “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, en: BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2ª edic., Herder/Univ. b) “El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho”, en: Doxa, Cuadernos de Filosofía Jurídica (25):533-571, 2002; c) “Law as an autopoietic system”. Cambridge, Blackwell, 1993.

³⁹ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo”. Santiago, Editorial Universitaria, 2002.

abordar consistirá, precisamente, en determinar si en nuestro ordenamiento jurídico laboral se reconoce la existencia de principios jurídicos laborales, toda vez que si son reconocidos (esto es, si se determina su existencia y/o validez, y también su eficacia jurisdiccional), entonces solo restará explicar su naturaleza y función.

Luego, y, si es que concluimos que los principios jurídicos laborales son reconocidos en el ordenamiento, corresponderá discernir la naturaleza y función que cumplen, con especial mención al rol que desempeñan en el discurso de aplicación jurisdiccional, puesto que la comprensión jurisdiccional fija el sentido normativo obligatorio del derecho, terminando de configurar en definitiva la regulación jurídica que sus disposiciones indican.

Nuestra argumentación también incluirá una comprensión teórica general del fenómeno principal porque, en efecto, para justificar dogmáticamente la existencia del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno, se hace necesario discutir teóricamente qué son los principios jurídicos, pues una teoría de los principios jurídicos laborales presupone una comprensión general de los principios jurídicos⁴⁰.

El resultado de esta discusión permitirá dar el paso hacia la fundamentación de la teoría de los principios que mejor comprende o interpreta la naturaleza y función de estos en el ordenamiento jurídico laboral chileno, a la luz de cómo han sido y siguen siendo aplicados por la jurisprudencia dimanada de nuestra CS.

II. ¿RECONOCE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO LA EXISTENCIA DE PRINCIPIOS JURÍDICOS?

Una primera cuestión que debe ser despejada antes de cualquier análisis teórico general y de proponer alguna conceptualización, es discernir si en nuestro ordenamiento jurídico laboral se ha reconocido la existencia de un tipo de ente o estructura normativa denominada, ya sea expresamente por sus enunciados positivos o por los operadores del derecho a través de la interpretación, con el término principios, porque, de ser reconocidos en el ordenamiento, no se hace necesario fundamentar su existencia y/o validez, sino solo explicar su naturaleza y

⁴⁰ Así como una teoría sobre la fundamentación de los enunciados normativos presupone una teoría del lenguaje, v. ALEXY, Robert. "Teoría de la argumentación jurídica". Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª

□edic. act., 1ª□reimp., trad. Manuel Atienza

función.

El término reconocimiento lo utilizaremos para referir una situación muy objetiva y comprobable dogmáticamente, a saber: la identificación de un ente y/o estructura normativa como parte de un ordenamiento jurídico porque: a) consta expresa o implícitamente en los enunciados normativos positivos de aquel; b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de *obiter dicta*, *ratio decidendi* o, incluso, como *lex decisoria litis*⁴¹, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden, independientemente del lugar que les asigne en el sistema de las fuentes del derecho o en el discurso de aplicación.

Por consiguiente, antes de intentar una definición operacional de principio jurídico, y como paso previo, nos abocaremos a discernir si en nuestro ordenamiento jurídico laboral es reconocido un ente denominado principio jurídico.

Para cumplir con este fin, y siguiendo nuestro criterio de reconocimiento dogmático, revisaremos la ley, la jurisprudencia y la doctrina, a partir de la distinción principio expreso y principio implícito.

1. PRINCIPIOS EXPRESOS Y PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

Una distinción de principios que goza de merecido prestigio en la teoría del Derecho, será el instrumento analítico que utilizaremos en esta sección orientada a la búsqueda de los principios en el ordenamiento jurídico laboral chileno. Nos referimos a la que distingue entre

⁴¹ La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es muy útil para determinar qué parte de la sentencia contiene el precedente “esto es, la regla de origen judicial que por haberse dejado de aplicar en un caso análogo permite anular una decisión posterior”, v. ROMERO SEGUÉL, Alejandro. “La discriminación judicial como nuevo error *decisorio litis* en el proceso chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho* 38 (2°): 342, 2011. Estamos ciertos que no es pacífico en el derecho comparado, el sentido jurídico de estas categorías, sobre todo en la teoría angloamericana de la *ratio decidendi*, que, como es sabido, posee una larga tradición en la materia por la naturaleza de su sistema jurídico, v. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “El derecho de los jueces”. Bogotá, Legis/Universidad de los Andes, 2ª edición, 2006, pp. 171-172. En el derecho comparado, que es donde su uso está más extendido, el contenido del fallo que sienta el precedente se denomina, en el caso de los ingleses, *ratio decidendi*, y en el caso de los estadounidenses, también *holding*. Tanto ingleses como estadounidenses contraponen los respectivos conceptos con el *obiter dictum* del caso, que carece de la mentada fuerza vinculante, v. LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. “Naturaleza y dimensiones del *Stare Decisis*”. En: *Revista Chilena de Derecho* 3 (1°): 119, 2006. Asimismo en: BLACK’S LAW DICTIONARY. MN, THOMSON/WEST, Eight Edition, 2nd reprint, Bryan A. Garner editor in chief, 2007, pp. 1102 y 1290. Sobre la base de lo anterior, aclaramos que en esta tesis entenderemos por *ratio decidendi*, la razón o conjunto de razones jurídicas que son la base o fundamento de la decisión del caso judicial. A su vez, la categoría *obiter dicta* (plural) la utilizaremos para referirnos a las razones o conjunto de razones que, sin ser el fundamento de la decisión, sin embargo pueden contribuir a la persuasión. Finalmente el término *lex decisoria litis* será utilizado también en su acepción más comúnmente aceptada en el derecho, esto es, como la norma jurídica sustantiva (en oposición a la *ordenatoria litis*) que decide el caso judicial. □749,

principios explícitos y principios implícitos⁴², según si están expresamente formulados en los enunciados normativos positivos del ordenamiento jurídico o se extraigan (infieran) de estos, respectivamente.

Cobra aún mayor importancia dogmática la distinción que utilizaremos, cuando se tiene presente que ha sido reconocida por la CS en sede de casación laboral en el fondo, causa Rol N° ~~98.667~~ en los siguientes términos:

“Considerando 3°) Que esta Corte Suprema entiende que la modificación legislativa contenida en la Ley N° el recurso de casación en el fondo, específicamente el artículo Procedimiento Civil, incorporando el concepto de error de derecho, en reemplazo de infracción de ley, no obstante que mantiene esta última terminología en los artículos y 785 del citado cuerpo legal, amplió la causal del recurso de casación en el fondo en resguardo de todos los preceptos de carácter legal, entre los cuales deben incluirse los principios generales de la legislación, que se desprenden de la misma ley, va por mención expresa, como en el caso del inciso segundo del artículo aquellos que emanan del conjunto de sus normas, todos los cuales tienen por objeto dar mayor estabilidad y certidumbre a las relaciones particulares”⁴³ (el subrayado es nuestro).

□19.374, que entre otras
□772 del Código de
□767
□2° del Código del Trab

De la simple lectura del considerando citado (y sin mediación alguna), se advierte que el fallo se refiere directamente a los principios explícitos o expresos, cuando dice que son aquellos “que se desprenden de la ley por mención expresa” y a los implícitos, cuando los identifica como “los que emanan del conjunto de sus normas”.

Pero al amparo de la distinción examinada, el fallo proyecta una trascendencia de aún

⁴² V. SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “Introducción al Derecho”, *op. cit.*, ~~396~~ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Barcelona. Ediciones Ariel, 2ª edición por principios 2007, p. 27. Otra perspectiva parece entender principios en forma de norma jurídica, según puede interpretarse del siguiente pasaje: “Si bien los principios jurídicos, por regla general, tienen también el carácter de ideas directivas, de las que no pueden obtenerse inmediatamente resoluciones para un caso particular, sino solo en virtud de su concretización en la ley o por la jurisprudencia de los tribunales, existen también principios que, condensados en una regla inmediatamente aplicable, no solo son *ratio legis*, sino que ellos mismos *lex*”, v. LARENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona, Ediciones Ariel Derecho, 1ª edición, 2009, p. 47.
derecho positivo, para referirse a la norma explícitamente formulada en el texto jurídico “es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones”, y de principio implícito para referir la idea de una regla que es considerada premisa o consecuencia de normas, v. WROBLEWSKI, Jersy. “Sentido y hecho en el Derecho”. San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989, pp. 153 Para GUASTINI, “son principios expresos aquellos que son explícitamente formulados en una expresa disposición constitucional o legislativa, de la que se pueden obtener (como cualquier otra norma) mediante la interpretación” y son “principios implícitos, por el contrario, aquellos que están privados de disposiciones, es decir, que no están explícitamente formulados en ninguna disposición constitucional o legislativa, pero que son elaborados o contruidos por los intérpretes”, v. GUASTINI, Ricardo. “Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho”. Barcelona, Editorial Gedisa, traducción Jordi Ferrer i Beltrán, 1999, pp. 155

⁴³ CORTE SUPREMA, CFO, Reckitt & Colman Chile S.A., 25 de septiembre de 1997, en: RDI, tomo XCIV, septiembre/diciembre, N° 3, segunda pa

más profundas e interesantes consecuencias jurídicas laborales.

La CS estimó que los magistrados de la instancia habían incurrido en un error de derecho por haber infringido el principio general de la legislación laboral de la realidad; infracción que había influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por la cual, entonces, procedía anular la sentencia.

Tratándose de un fallo dictado en sede de casación en el fondo, no puede sino concluirse que esta resolución reconoce y/o identifica a los principios como normas jurídicas positivas (por estar dentro de la ley), consolidando una comprensión jurisprudencial de estos, ya no como el de ser simples directrices, orientaciones legislativas, espíritu general de la legislación, método de interpretación o integración de las leyes (como ha creído y sigue creyendo gran parte de la doctrina iuslaboralista chilena), sino como norma jurídica completa y principal; pues de lo contrario las infracciones a ellos no podrían prosperar como causales de casación en el fondo, ya que este recurso, como sabemos, siendo de derecho estricto procede contra las sentencias definitivas inapelables y contra las interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por tribunales arbitrales de segunda instancia, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción de ley haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo □767 del CPC) consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida” (artículo □772 del CPC).

Más adelante volveremos sobre esta sentencia, y la trayectoria de sus paradigmáticas implicancias jurídicas⁴⁴. Ahora prosigamos con el desarrollo de la distinción principios expresos y principios implícitos que, como demostramos, ha sido recogida por la jurisprudencia de la CS.

1.1. Reconocimiento de los principios jurídicos laborales

El reconocimiento de los principios en el dominio de los enunciados normativos legales puede ser expreso o implícito. A continuación nos referiremos solo a los casos de reconocimiento legal expreso. Los casos de reconocimiento implícito, que son los que se

⁴⁴ Un interesante análisis teórico jurídico que abona nuestra interpretación del fallo puede consultarse en: QUINTANA BRAVO, Fernando. “Interpretación y argumentación jurídica”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. □335.

distinguen por la jurisprudencia y la doctrina, los trataremos separadamente.

1.1.1. Reconocimientos de los principios jurídicos expresos

Hasta donde pudimos advertir, el término principio se emplea solo en tres artículos del Código del Trabajo: inciso tercero del artículo 2°; artículos 4° complementarias del CT⁴⁵, el término principio no aparece registrado, razón por la cual es posible sostener, mientras no se pruebe lo contrario, que los únicos casos de principios expresos en el ordenamiento jurídico laboral chileno son los precedentemente identificados.

Por las distintas funciones normativas que dichos principios expresos prestan al ordenamiento jurídico laboral, es posible distinguirlos del siguiente modo: 1) metaprinipio expreso, 2) principios laborales expresos, y 3) principios laborales expresos.

1.1.1.1. El metaprinipio expreso del inciso tercero del artículo 2° del Código del Trabajo

El inciso tercero del artículo 2° del CT contiene un metaprinipio expreso en materia laboral. Se trata técnicamente de un metaprinipio expreso laboral, por cuanto dice: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”.

Es un metaprinipio laboral expreso, porque no refiriéndose la aludida disposición legal a un principio jurídico laboral en particular, sin embargo hace un explícito reconocimiento a que las leyes laborales se fundan en principios. Vale decir, establece el supuesto ontológico jurídico de que las leyes laborales descansan en ciertos principios, ya que el enunciado

⁴⁵ Entendemos por ley complementaria aquella que “sirve para complementar o perfeccionar” el Código del Trabajo; esto es, para hacerlo más íntegro o completo, pues en eso consiste la acción de complementar, v. R.A.E., “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid, 21^a edición, 1992, p. 52.
la I.C.A. de Santiago en fallo de apelación del día 7 de septiembre de 1988, v. RDJ, LXXXV, Sección III, septiembre/diciembre, 1988, N° 229, p. 222, la Excm. Corte Suprema, en causa Rol N° 8.322, 29 de diciembre de 1988, sede de queja, analizando si la Ley N° 15.840 del Código del Trabajo, a contrario sensu, amplió nuestra comprensión de este tipo de leyes al decir –sobre la Ley N° 15.840 esta ley que reúne marcadas características de especialidad, desde que afecta solo a un sector determinado de trabajadores, y que, además, cumplan con requisitos precisos, sin que en parte alguna se refiera a la aplicación de reglas laborales, no pudiéndose, por lo mismo, atribuirle condición de ley complementaria del Código del Trabajo”, v. RDJ, LXXXV, Sección III, septiembre/diciembre, 1988, N° 229, p. 222. De lo a

jurídico en análisis textualmente afirma tal orden de cosas, por la vía de prescribir que “son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”.

Es, por tanto, un principio de principios. Un principio que implica la existencia de principios. La tarea dogmática que sugiere dicha norma, por consiguiente, consistirá en explicitar los principios implícitos, esto es, en formular racionalmente los principios en que se fundan las leyes laborales⁴⁶.

1.1.1.2. Principios laborales expresos de apertura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral

El numeral 5 del artículo 459 del Código del Trabajo es de gran importancia, ya que básicamente formula el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo chileno, cuando dice que “la sentencia definitiva deberá contener: 5. Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en el que el fallo se funde”.

Decimos que fija el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo chileno⁴⁷, porque

⁴⁶ A propósito del inciso tercero del artículo 459 del Código del Trabajo es de gran importancia, ya que básicamente formula el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo chileno, cuando dice que “la sentencia definitiva deberá contener: 5. Los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en el que el fallo se funde”.

generales del orden jurídico también forman parte de los principios generales del orden laboral. Sería una contradicción insostenible, desde el punto de vista de la unidad del sistema jurídico, pretender una separación absoluta entre principios generales y principios laborales”, v. IRURETA URIARTE, Pedro. “El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo”, en: CARBONELL, Favia, LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores). “Principios Jurídicos. Análisis y Crítica”. Santiago, Universidad Alberto Hurtado/AbeledoPerrot-LegalPublishing Chile, 2011, p. 304.

⁴⁷ Desde una perspectiva normativista puede entenderse por fuentes materiales del derecho los diversos factores (políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos) que influyen en la producción, modificación y derogación de las normas jurídicas. Por fuentes formales, a su vez, “se entiende los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de estas y los continentes donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que tienen competencia para producir normas jurídicas, competencia que les es otorgada por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las normas por ellos creadas”, v. SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “Introducción al derecho”, *op. cit.*

derecho, puesto que no constituyen, por sí mismos, métodos de producción de normas jurídicas, y, en consecuencia, no encajan en el concepto de fuente formal del derecho”, *ibidem*, p.

encajan en el concepto de fuente formal del derecho, tal como fue indicado antes, puesto que no son métodos o procedimientos de producción de derecho tras los cuales pueda ser identificada una autoridad normativa, una fuerza social o unos sujetos de derecho autorizados para llevar adelante actos de producción jurídica”, *ibidem*, p.

□2° del CT, IRURETA

□24 del Código Civ

□286. Para el citado

□380. Y agrega: “En

□381. Para

actos de discriminación”.

Pero también el N° 5 del artículo 5 del artículo principios laborales constitucionales, pues comienza diciendo que la sentencia definitiva deberá contener: “5. los preceptos constitucionales”.

¿Qué significa la expresión “preceptos constitucionales”?

Recordemos primero que la propia CPR, en su fundamental artículo 6⁴⁹, también utiliza la expresión preceptos constitucionales, motivo por el que con mayor razón resulta prudente interrogar a la doctrina constitucional sobre el significado de tales términos.

Al respecto, explica Cea Egaña que “el vocablo precepto, empleado en el inciso 2° del artículo 5 del artículo disposiciones jurídicas, no solo estas últimas. Los valores y los principios, por ende, incluyen ambas categorías de mandatos u órdenes impartidas por el Poder Constituyente, cualquiera sea el enunciado literal empleado o la estructura que le haya sido conferida por el autor de la regla pertinente”⁵⁰. Por consiguiente, concluye Cea Egaña, que la CPR se compone no solo de reglas o normas, sino que también de los ideales y enunciados generales que no están articulados como reglas o normas⁵¹.

Cea Egaña explica que la norma citada contiene el denominado principio de supremacía constitucional y que en virtud de él, “la Carta Fundamental convierte en obligatorios sus valores, principios y normas, tanto a las autoridades públicas como para todos los ciudadanos, y lo hace directamente, es decir, sin que sea necesario que medie entre la Constitución y tales personas otra norma jurídica que desarrolle y haga imperativo obedecer sus disposiciones. La Constitución por sí e inmediateamente posee fuerza normativa, en atención a lo cual vincula a

⁴⁹ “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República / Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

⁵⁰ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Santiago, Ediciones UC, 2ª edición, actualizada, 2002, p. 244.

⁵¹ En un sentido similar, y con especial mención al valor normativo de los valores constitucionales: VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Derecho Constitucional”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 114.

toda persona, institución o grupo”⁵².

Existe alguna jurisprudencia constitucional que ratifica que la CPR contiene principios y que estos obligan. Se trata del controvertido caso seguido contra el ex Ministro de Relaciones Exteriores de la República Clodomiro Almeyda Medina. Como se recordará fue Ricardo García Rodríguez, Ministro del Interior de la dictadura (1973-1989), quien, en 1987, solicitó que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 18 de la Constitución y en los artículos 70 y demás disposiciones de la Ley N° 17.997, se declarara a Clodomiro Almeyda Medina por “haber incurrido en actos que propagan doctrinas que propugnan la violencia como también en actos que propagan doctrinas que propugnan una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario, e igualmente en actos destinados a propagar doctrinas fundadas en la lucha de clases, aplicándosele las sanciones constitucionales y legales correspondientes”.

En lo pertinente, dijo el fallo:

“19) Que de lo expuesto en los considerandos anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales, cabe señalar, por su íntima vinculación con el problema que se analiza, los siguientes: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual esta no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección debiendo destacarse, en la especie, “la seguridad y certeza jurídica”; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena.

20) Que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como lo son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo y 3°, inciso séptimo.

21) Que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”⁵³ (el subrayado es nuestro).

⁵² CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”, *op. cit.*, p. 132. Por su parte, autores, “esta vinculación directa de los poderes públicos al ordenamiento constitucional genera una obligación de interpretar las normas legales en conformidad a la Constitución”, v. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Derecho Constitucional”, *op. cit.*, p. 132.

⁵³ T.C. Rol N° 46, 21 de diciembre de 2004. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=563> [consulta: 7 febrero 2012]. Cabe tener presente que Zapata Larraín presenta este caso como un ejemplo de interpretación constitucional sistémica y finalista, v. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado”.

Estimamos que la mención que el fallo hace a los principios (por ser preceptos) y la circunstancia que estos constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados, es otro antecedente importante para sustentar que aquellos no solo forman parte del ordenamiento jurídico constitucional, sino que además obligan como normas jurídicas⁵⁴.

1.1.1.3. Principios laborales expresos propiamente tales

Principios formalmente establecidos y manifestados de manera positiva en las secuencias lingüísticas de los enunciados normativos del Código del Trabajo, son los que, por mandato del artículo 425 de dicho código a saber: principio de la intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. Son principios de derecho procesal laboral que, por realizarse plenamente en el ordenamiento jurídico laboral en función de los fines protectivos que se buscan en dicho sistema, los consideraremos también pertenecientes a él y, por consiguiente, susceptibles de ser tratados como principios jurídicos laborales⁵⁵.

1.1.1.4. Conclusiones sobre el reconocimiento legal de los principios jurídicos laborales

De las disposiciones legales citadas se advierte que los principios jurídicos se encuentran expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral, toda vez que los enunciados normativos que lo componen, los mencionan e incorporan de diversas formas a las regulaciones del ordenamiento.

Especial mención merece el inciso tercero del artículo

2° del Código

Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 220 Hay casos también en que el TC ha utilizado enfoques literalistas (caso “Votaciones Populares”, Rol N° 14.444 del 14 de diciembre de 2004), para adquirir en profundidad el contenido de la norma. Véase también el caso “Drogas (II)”, Rol N° 11.215 y, VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional & Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática”. Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 31, 2006.

67, 12 de mayo de 2006

⁵⁴ Otros fallos que sostienen doctrinas principales, por ejemplo sobre subsidiariedad y autonomía de la asociación, en los llamados casos “Ley de Prensa” (Rol N° 11.226, de 30 de octubre de 2004) y “Manuel de Salas” (Rol N° 11.352, de 15 de julio de 2004). En profundidad y en lo relativo a los principios constitucionales del orden público económico, con una vasta recopilación de jurisprudencia y análisis crítico: FERNANDOIS V., Arturo. “Derecho Constitucional Económico”. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo 1, 2006, pp. 85.

226, de 30 de octo

352, de 15 de julio

⁵⁵ En un sentido similar al nuestro, v. IRURETA URIARTE, Pedro. “El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 307.

como señalamos, constituye un metaprincipio expreso laboral, por cuanto dice: “Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”. Este enunciado normativo expresamente afirma la existencia de principios jurídicos en las leyes laborales.

1.2. Principios implícitos

Puesto que los principios implícitos no se encuentran expresamente formulados, es que resulta necesario extraerlos de los enunciados normativos que componen el ordenamiento jurídico⁵⁶, mediante un proceso de inferencia argumentativa⁵⁷. Esta reconstrucción es realizada por la jurisprudencia y la dogmática jurídica⁵⁸.

En esta subsección, nos referiremos a los principios jurídicos laborales implícitos reconocidos por la jurisprudencia, preferentemente de la CS, y por la dogmática jurídica laboral o doctrina *iustlaboralista* chilena.

⁵⁶ Los enunciados normativos positivos constituyen las unidades más elementales del Derecho, v. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁷ Para una perspectiva sistemática analítica, la reconstrucción del sistema jurídico o formulación de los principios se realiza a través de la llamada inducción jurídica, ciertamente que bajo el supuesto lógico que se extraen de una serie finita de casos. La serie finita de casos es el derecho positivo que, por haber sido creado por los hombres, su “número de enunciados válidos no puede ser infinito”, v. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1ª edic., 1955. En este sentido, es posible sostener que las conclusiones o generalizaciones (principios) se extraen razonablemente del análisis armónico de las premisas (enunciados normativos y/o material de base). Y precisando, han dicho que “resulta claro que a pesar de ser deductivo el razonamiento del jurista que extrae principios generales (normas complejas) de enunciados de derecho dados y a pesar de que la relación entre sus premisas y la conclusión (la nueva base) es la de implicación lógica, la tarea de reconstrucción del sistema o, mejor dicho, de la reformulación de la base que consiste, entre otras cosas, en descubrir los principios implícitos, dista mucho de ser mecánica. Esta tarea exige un considerable grado de ingenio, imaginación creadora y aquella intuición especial que los alemanes llaman “*Einführung*”, v. *ibidem*, p. 136. Pero también el paso de las premisas a las conclusiones no es mecánico, tampoco las conclusiones gozan del estatus de verdad, propio de la lógica formal, ya que epistemológicamente el derecho se aviene más con el pensamiento tópico y/o argumentativo. La lógica formal en el discurso de aplicación y justificación opera como un factor de guía de corrección formal de los argumentos (justificación interna: “Una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas”, WROBLEWSKI, Jerzy. “Sentido y hecho en el Derecho”, *op. cit.*, p. 40). La corrección de los argumentos considerados adecuados por los que hacen la calificación o toman la decisión, y que guardan relación con la selección de las premisas del argumentos (justificación externa: “Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación”, v. *ibidem*, p. 40). Estas particularidades del silogismo jurídico o judicial, es en el plano de lo razonable, de lo más probable o más ajustado a derecho, en la lógica discursiva de las denominadas teorías de la argumentación. Para una completa revisión de las teorías de la argumentación (Wiehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy) que, ciertamente, nos alertan sobre las limitaciones (pero también las ventajas) de la lógica formal en la construcción del discurso jurídico, puede consultarse: ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª edic., reimp., 1993.

⁵⁸ Entendida como el discurso de comprensión crítica del sentido del derecho positivo, incluyendo las doctrinas, precedentes y máximas de decisión contenidas en las decisiones de los tribunales. v. LARENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”, *op. cit.*, p. 17.

1.2.1. Principios jurídicos laborales implícitos reconocidos por la jurisprudencia de la CS

Desde 1980 la CS comienza a identificar en el ordenamiento jurídico laboral, de manera cada vez más nítida y compleja, principios jurídicos laborales. Con anterioridad, había realizado una importante tarea de fijación de las bases conceptuales para su posterior sistematización, pero no había alcanzado a formularlos de manera más compleja o sistemática. No existen estudios científicos en la doctrina chilena que expliquen las razones por las cuales la jurisprudencia de la CS haya comenzado recién a realizar en el último cuarto del siglo XX un reconocimiento más sistemático de los principios jurídicos laborales. Escapando al objeto de esta tesis hacerse cargo de tal explicación científica, sin embargo es posible establecer la conjetura que tal asunto podría ser explicado, en parte, por el escaso interés científico que la teoría de los principios ha despertado desde siempre en la doctrina *iuslaboralista* chilena, cuestión que ha ralentizado su recepción por la jurisprudencia. Y además, porque la teoría de los principios jurídicos recobra vigor y relevancia en la teoría del derecho, a fines de los años sesenta del siglo XX, como tendremos la oportunidad de reseñarlo más adelante.

Teniendo presente lo anterior y sin un afán clasificatorio exhaustivo, sino solo funcional a los fines narrativos y metodológicos de la tesis, dividiremos el análisis jurisprudencial en dos períodos de tiempo, a saber: 1903-1980 y 1980-2010.

La justificación de la periodización es muy simple: en 1903 nace la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (RDJ), testigo privilegiado de nuestra evolución jurisprudencial, que, sin perjuicio de otras fuentes⁵⁹, nos ha servido de guía principal. Es, pues, desde el año 1903 que la jurisprudencia de la CS puede ser pesquisada en forma ordenada y sistemática, unido lo anterior a la circunstancia relativa a que las primeras leyes sociales y laborales datan precisamente de esa época⁶⁰. A su vez, hemos fijado el término del

⁵⁹ Complementariamente también hemos buscado material jurisprudencial en Revista Fallos del Mes (período 1980-2010), Revista Jurídica del Trabajo (período 1980-1992), Revista Laboral Chilena (período 1995-2010) y Gaceta Jurídica (período 2000-2010).

⁶⁰ Francisco Walker Linares en una obra clásica y fundacional de la doctrina *iuslaboralista* chilena, nos referimos a sus “Nociones elementales de Derecho del Trabajo”, dividía por aquellos años en dos períodos la historia de las leyes sociales chilenas. El primer período llega hasta el 8 de septiembre de 1924 (día en que, producto de un movimiento militar de la oficialidad joven –el *ruido de sables* liderado por el entonces mayor Carlos Ibáñez del Campo– se fuerza al Congreso a dictar una serie de leyes laborales –de la N° 4.053 a la N° 4.059 títulos del proyecto de Código del Trabajo de Arturo Alessandri de 1921). El segundo período es el posterior al día 8 de septiembre de 1924, cuyo gran hito legislativo es el Código del Trabajo de 1931, del primer gobierno de Ibáñez. El

Derecho del Trabajo, que reproducimos:

“3.º Que las disposiciones del Código del Trabajo deben apreciarse no solo como un conjunto de preceptos que tienden a regular las relaciones del capital y del trabajo, sino, también, en cuanto ellas miran a conceder ciertas garantías al asalariado, como derechos de que este no puede ser despojado y que deberán considerarse como elementos propios de su calidad de tal, invistiendo un evidente carácter de orden público la mantención de esos verdaderos privilegios legales, a lo que se ha debido que el artículo 665 disponga que los derechos otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables”⁶³.

Esta concepción se estabilizará y refinará aún más a propósito de una de las discusiones jurisprudenciales más intensas del derecho procesal del trabajo del siglo XX, posible de resumir en la siguiente pregunta dogmática: ¿Tiene cabida el abandono de procedimiento en los procesos laborales? La pregunta era muy relevante ya que el Código del Trabajo de 1931 no contenía norma expresa al respecto, pero sí una remisión al Código de Procedimiento Civil, cuestión que abría la puerta al debate sobre la aplicabilidad de las normas sobre abandono del procedimiento civil en sede laboral⁶⁴. Así fue como el día 18 de agosto de 1961, en una sentencia que consideramos muy importante para el desarrollo jurisprudencial de los principios, se resolvió:

“1º. Que la legislación del trabajo se basa en dos principios que son esenciales del sistema adoptado por el legislador. Ellos son: su carácter esencialmente social y la franca protección de los derechos del empleado y del obrero. Inoficioso sería citar todos los preceptos del Código del Trabajo que dejan en claro esos fundamentos;

2º. Que el procedimiento que este cuerpo de leyes señala para la substanciación de los juicios del trabajo, confirma la existencia del referido sistema. Las disposiciones de los artículos 517 y siguientes están anticuando modo preciso y continuo en la prosecución del litigio;

3º. Que el legislador ha sido tan cuidadoso al respecto, que ha dispuesto, por ejemplo, que las excepciones dilatorias de incompetencia y falta de personería del actor deben ventilarse en el comparendo en que se trata la cuestión principal, no dando, así, cabida a que en forma incidental e independiente, se susciten; y si se fallan en el comparendo, el agraviado debe interponer su apelación junto con la que deduzca contra la sentencia definitiva; y que terminado el comparendo de prueba o el plazo de cinco días que tienen las partes para examinar los testigos que residen fuera del lugar, si el juez estima necesario dicho examen,

⁶³ CORTE SUPREMA, RQ, Ríos, Orlando y otros, 8 de agosto de 1949, en: RDJ, tomo XLVII, marzo/abril, Núms. 1 y 2, segunda parte, sección tercera, 1950, p. 22.

⁶⁴ Hacemos presente que, sin una línea jurisprudencial definida en un sentido o en otro, la discusión sobre la aplicabilidad del abandono de procedimiento en el proceso laboral se mantuvo durante la vigencia de las leyes y codificaciones posteriores al Código de 1931. La tensión de la discusión contribuyó, sin embargo, a refinar argumentos sobre los fundamentos principales del Derecho del Trabajo. Será en la actualidad, y en el contexto del Código del Trabajo, reformado, entre otras pero principalmente por las Leyes N^{os} 20.022, 20.087, 20.252 y 20.260, que la institución del abandono de procedimiento no podrá llegar a plantearse, toda vez que el artículo 425 expresamente contempla el principio de impulso procesal de oficio.

declarará, de oficio, cerrado el proceso, y dictará sentencia dentro de cinco días o de diez si se trata de juicios de empleador o de accidentes del trabajo.

En la especie los autos estaban en estado de fallo cuando el juez ordenó archivar el proceso;

4°. Que lo dicho en los fundamentos que preceden se infiere que el incidente de abandono de la instancia no puede tener cabida en los juicios del trabajo. La substanciación de estos litigios no da la oportunidad para deducirlo. Resolver lo contrario es ir contra el sistema adoptado por la legislación del trabajo”⁶⁵.

Los dos principios en que se basa la legislación del trabajo, como el mismo fallo se cuida de manifestarlo, emanan de los preceptos del Código del Trabajo (“inoficioso sería citar todos”), es decir, no se trata de principios puramente teóricos o políticos ideológicos, sino de principios de derecho positivo. En efecto, el fallo cita varios preceptos y analiza críticamente algunas instituciones, elevando el pensamiento hacia la abstracción. Así es como la CS realiza un ejercicio sistemático y dogmático que la conduce a establecer la existencia de principios jurídicos laborales implícitos y, además, a la trascendental decisión de utilizarlos, no a mero título de *obiter dicta*, sino que como *ratio decidendi*, toda vez que en virtud de ellos llega a la conclusión que no procede el abandono de procedimiento en los juicios del trabajo y deja sin efecto la sentencia de alzada por la vía extraordinaria de la queja.

1.2.1.2. Período 1980-2010

Será a partir de 1980 que la jurisprudencia de la CS consolidará sistemáticamente una concepción más compleja de los principios jurídicos laborales, distinguiendo básicamente los siguientes: 1) principio protector, pro-operario y/o tutelar, 2) principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, 3) principio de continuidad de la relación laboral, 4) principio de estabilidad relativa en el empleo, 5) principio de continuidad de la empresa, 6) principio de la libertad sindical, y 7) principio de primacía de la realidad.

Excluimos de este repertorio jurisprudencial de principios jurídicos laborales los que, en el campo de la seguridad social, también nuestra CS ha reconocido, como es por ejemplo el principio de la conmutatividad previsional, “en conformidad con el cual solo procede incluir en la base de cálculo de las pensiones respectivas aquellos emolumentos sobre los cuales se hayan realizado, en su oportunidad, las cotizaciones pertinentes”⁶⁶.

⁶⁵ CORTE SUPREMA, RQ, Juez Ruales, Diego, 18 de agosto de 1961. En: RDJ, tomo Números. □5 y 6, 1961, p.□64.

⁶⁶ CORTE SUPREMA, CFO, David Lebón, Juan y otros, 8 de marzo de 2001, en: RDJ, tomo

□LVIII, julio/agosto

□XCVIII,

1.2.1.2.1. Principio de protección al trabajador (protector, pro-operario y/o tutelar)

Nuestra disciplina se constituye a partir de una definición básica: el trabajo no es una mercancía: es inseparable de la persona del trabajador⁶⁷. El artículo 19 N° 16 de la CPR⁶⁸, como ha sido reconocido muy recientemente por la jurisprudencia del TC, “no se limita sólo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de éste y que pueden exigirse del Estado”⁶⁹.

La actual comprensión de la garantía del artículo 19 N° 16 de la CPR, por consiguiente, permite confirmar que el trabajo es una actividad fundamental de la sociedad inseparable de la persona que la realiza y que, por lo mismo, debe ser protegida en sí misma por la trascendencia que tiene para el desarrollo de la sociedad.

De conformidad a la citada jurisprudencia del TC, es posible comprobar que el principio de protección al trabajador, por consiguiente, encuentra en la garantía del artículo 19 N° 16 de la CPR, su fuente primigenia, ya que tal norma protege al trabajo considerado en sí mismo, el cual es inseparable de la persona del trabajador.

Sin duda alguna que el principio protector, pro-operario, tutelar o de favor, todas denominaciones comunes para un mismo concepto, es el principio matriz que ha utilizado y utiliza nuestra CS como marco general para la comprensión de la legislación laboral.

Esta concepción se mantiene hasta el día hoy, sin embargo, ha sido complejizada por la CS puesto que ha reconocido la existencia de colisiones entre el principio de protección al

enero/marzo, N°

□1, segunda parte, sección tercera, 2001, p. □46.

⁶⁷ En profundidad: SUPIOT, Alain. “Crítica del Derecho del Trabajo”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 24.

⁶⁸ Art. 19. “La Constitución asegura a todas las personas: 16. La libertad de trabajo y su protección”.

⁶⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 1850-INA, 26 de julio de 2011, considerando sexto, ejemplar digital.

trabajador y el principio general de la buena fe contractual, resolviéndolas, en el contexto de casos difíciles, dudosos o penumbrados, a favor de este último, con el apoyo doctrinal de la teoría de los actos propios.

Hay varios casos, pero básicamente la CS ha hecho ceder al principio protección en pos de la buena fe, en dos tipos de contiendas: a) controversia sobre existencia de relación jurídica laboral, y b) naturaleza y verdad de ciertas estipulaciones contractuales.

Un ejemplo de caso tipo a) es el resuelto en sentencia de fecha 4 de noviembre de 2008, rol N° ~~20089~~

“3° Que, al efecto, resulta pertinente señalar que en la demanda se reconoce por la actora haber trabajado para la Universidad Mayor cerca de seis años mediante la modalidad de prestación de servicios a honorarios, lo que importa la aceptación por parte de esta de la situación descrita en forma reiterada y mantenida en el tiempo, lo que se exteriorizó a través de la emisión de las respectivas boletas de honorarios. Tras este comportamiento, denominado por la doctrina como ‘de los actos propios’ subyace sin duda la primacía del principio de la buena fe, del cual se encuentra imbuido no solo la legislación laboral, sino que todo nuestro ordenamiento jurídico”⁷⁰.

Un ejemplo de casos tipo b), lo podemos advertir en la sentencia de fecha 10 de junio de 2008, causa rol N° ~~20080~~

“7° Que a propósito de la buena fe con la que deben cumplirse los contratos, resulta útil traer a colación la denominada Teoría de los Actos Propios, según la cual si un sujeto define su posición jurídica mediante el desarrollo de determinadas conductas, no le es lícito desconocer, posteriormente, sus propias actuaciones, de modo que si la demandante durante casi tres años concurrió a generar una relación laboral de plazo fijo, a través de las sucesivas suscripciones de contratos de esa naturaleza, con sus correspondientes finiquitos al término de cada período, no es dable que ahora pretenda desconocer dichos acuerdos, aludiendo a una realidad distinta y a derechos irrenunciables”⁷¹.

Con todo, nos parece que la aplicación más interesante (desde el punto de vista dogmático) de la buena fe *versus* la protección del trabajador en materia laboral, se plasmó en una sentencia de 17 de marzo de 2003, donde la CS, primero, reconoce la existencia de dos principios (protección al trabajador y buena fe); segundo, advierte una colisión entre ellos y,

⁷⁰ CFO; ejemplar fotocopiado. Puede consultarse: [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/juris_piud/muestra_doc.php?docid=53151&row_id=&ciudad_palabras=&rol_buscar=5129?2008:5129?08:5.129?2008:5.129?08&todos_ministros=&sala_buscar=&flag_ninguna=0> [consulta: 20 abril de 2012].

⁷¹ CFO; ejemplar fotocopiado. Puede consultarse: [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/juris_piud/muestra_doc.php?docid=56225&row_id=&ciudad_palabras=&rol_buscar=2320?2008:2320?08:2.320?2008:2.320?08&todos_ministros=&sala_buscar=&flag_ninguna=0> [consulta: 20 abril de 2012].

en tercer término, para resolver la colisión de los principios, realiza un juicio de ponderación. Es decir, la CS exhibe en ese fallo una comprensión sofisticada de los principios, puesto que el método de solución de la colisión que utiliza (la ponderación), supone asumir que aquellos tienen una estructura o una forma normativa distinta a las reglas, cuyos conflictos se solucionan, como veremos con detalle más adelante, “por la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida”⁷².

El fallo en comento dice:

“Noveno: Que, en lo atinente con la presunción contenida en el inciso cuarto del artículo 60° del Trabajo, ha de establecerse que, evidentemente, su establecimiento obedece a la finalidad de proteger al contratante más débil, esto es, al trabajador. Sin embargo, por otro lado, no puede desestimarse el principio básico general en orden a que los contratos deben cumplirse de buena fe, por lo tanto, aparece que los bienes jurídicos, en la especie, colisionan.

Décimo: Que para dirimir dicho conflicto, ha de señalarse, en primer lugar, que, en la especie, ha quedado como hecho establecido en la sentencia de que se trata, que el demandante era, además de gerente general de la demandada, socio y director de la misma y que carecía –en la calidad de gerente general– conforme al mandato que le fue conferido, de la facultad de autocontratación y, en segundo lugar, debe preferirse el principio básico de la buena fe, por cuanto, en el caso, se trata de un demandante que ostenta, al unísono, las calidades de trabajador y empleador, es decir, sobre él recaía la obligación de escriturar el contrato de trabajo y al no hacerlo, en su favor, no pueden presumirse como estipulaciones del convenio las que él mismo declara, de manera que la presunción analizada no recibe aplicación en este caso y, por ende, no puede estimarse que la remuneración pactada sea la que ha indicado el actor en su demanda, aun cuando el monto señalado haya sido el que percibió durante, a lo menos, un año, ya que la gestión de la empresa le había sido confiada al demandante”⁷³.

La trascendencia que la citada sentencia tiene para la construcción de una teoría dogmática de los principios jurídicos laborales en el ordenamiento jurídico laboral chileno, es decisiva, toda vez que propone implícitamente una conceptualización general de los principios que, por cierto, una teoría dogmática correcta de los principios jurídicos laborales no puede omitir, ya que la comprensión del sentido del derecho positivo del trabajo debe incluir de manera necesaria la comprensión jurisprudencial de este, ya sea para compartir tal perspectiva o bien para negarla y superarla dialécticamente.

⁷² ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, traducción Carlos Bernal Pulido, 2002.

⁷³ CORTE SUPREMA, CFO, Manaplast S.A., 17 de marzo de 2003, en: RDJ, tomo 19, parte, sección tercera, 2003, p. 24.

□C, enero/junio, seg

Contra la aplicación de la teoría de los actos propios en materia laboral, se han alzado algunas voces.

Así por ejemplo Caamaño, quien esgrimiendo como argumento básico la especialidad del Derecho del Trabajo, deduce que no puede predicarse de sus normas la aceptación de la aplicación de la doctrina de los actos propios, que él califica como debilitamiento de la eficacia del Derecho del Trabajo, pues dicha especialidad “obliga a adoptar una vara más estricta para apreciar la juridicidad del comportamiento de las partes, atendida la especial implicancia personal que importa la relación contractual entre el trabajador y el empleador, la proyección del contrato de trabajo en el tiempo y, sobre todo, en razón de la existencia de la subordinación, lo que lleva a matizar el ejercicio del poder empresarial manifestado al momento de la celebración del contrato y durante su ejecución”⁷⁴.

Caamaño también opina que a nuestra CS “pareciera desagradar (...) que los trabajadores no hagan valer oportunamente sus reclamaciones, esto es, durante el tiempo en que estuvo vigente el contrato. Lo lamentable es que la Corte Suprema muestra con ello una falta de sensibilidad y una escasa comprensión del mundo del trabajo en Chile...”⁷⁵.

Finalmente Caamaño se declara sorprendido de que la CS “vuelva a someter la valoración y apreciación de las normas conforme a las cuales deben dirimirse las controversias laborales a principios y nociones propias del Derecho Civil, que, dado su especial ámbito de aplicación, tienen un sentido radicalmente distinto, lo que puede explicar la pervivencia de los viejos dogmas de la igualdad entre las partes contratantes y, en particular, el principio de la autonomía de la voluntad”⁷⁶.

No compartimos las apreciaciones de Caamaño, porque, primero, la compatibilidad de la teoría de los actos propios con el Derecho del Trabajo debe ser predicada sistemáticamente de sus normas positivas, y no de la política jurídica laboral o la ideología laboral, que es la zona de reflexión desde la cual emite sus comunicaciones el citado autor, ya que lo que él denomina “defensa de la especialidad del Derecho del Trabajo” no es fruto de una reconstrucción

⁷⁴ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII-2001, Semestre I: 276.

⁷⁵ *Ibíd*em, pp. 277.

⁷⁶ *Ibíd*em, p. 273.

dogmática del sistema, sino solo una defensa ideológica del paradigma clásico protector, por estimarlo mejor frente a otros⁷⁷.

Desde la política o ideología jurídica laboral ciertamente que se puede y se debe criticar el Derecho del Trabajo a efectos de influir en sus futuras manifestaciones positivas; y por cierto que es recomendable que así suceda, pues es la crítica del derecho positivo la que promueve sus evoluciones, así como, a nivel más general, es la crítica política social la que influye en el desarrollo de toda institución humana, por causa quizás del fenómeno cultural que Weber denominó eficacia histórica de las ideas⁷⁸.

Pero evidentemente que desde la crítica política jurídica no se puede deducir la admisión o compatibilidad de ciertas instituciones que están implícitas en las estructuras esenciales del derecho positivo, pues se trata de dos dominios o planos distintos de análisis, a saber: el de la política jurídica laboral y el de la dogmática jurídica laboral. La inducción o deducción de instituciones o la correcta comprensión del sentido del derecho positivo del trabajo es tarea de la dogmática jurídica laboral, pues la reconstrucción racional y sistemática (científica) del derecho positivo no es una función de la crítica política.

Como muchos han observado, la buena fe es un principio implícito no solo en el Derecho del Trabajo, sino que en todo el ordenamiento jurídico⁷⁹. La teoría de los actos propios puede ser interpretada como una estrategia de aplicación de la buena fe contractual, pues un principio con un nivel de abstracción tan elevado como aquel precisa de mediaciones normativas que lo hagan operativo en las distintas ramas del derecho.

⁷⁷ V. Capítulo III del estudio citado en supra, “Defensa de la especialidad del Derecho del Trabajo”.

⁷⁸ WEBER, Max. “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”. México, FCE, introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas M., 2008, p. □151.

⁷⁹ Sobre la buena fe y teoría de los actos propios hemos tenido presente la siguiente bibliografía: BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios”. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; BUSNELLI, Francesco Donato. “Notas en temas de buena fe y equidad”, en: Revista Di Diritto Dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, (13): 99-121, 2002; DE LOS MOZOS, José Luis. “El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español”. Barcelona, Bosh, 1965; DIEZ PICAZO, Luis. “La doctrina de los actos propios. Estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Barcelona, Bosh, 1963; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. “La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; MONTOYA MELGAR, Alfredo. “La buena fe en materia laboral”. Madrid, Tecnos, 2001; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª

edición, 2008; PÉREZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1990, pp. □305; BRUTAU, José, “Estudios de derecho comparado: La doctrina de los actos propios”. Barcelona, Ariel, 1952; WIEACKER, Franz. “El principio general de la buena fe”. Madrid, Civitas, 1977; ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. “Good faith in European Contract Law”. Cambridge, University Press, 2000.

Sin ir muy lejos en esta materia, estimamos que ningún autor pondría en duda que en el Derecho del Trabajo la protección de la buena fe (objetiva y subjetiva) se manifiesta con intensidad. Nuestra doctrina más prestigiada clasifica el contenido del contrato de trabajo en: a) jurídico-instrumental, b) patrimonial, y c) ético-jurídico⁸⁰. El elemento ético-jurídico es tan importante que su desconsideración por las partes puede acarrear el término anticipado del contrato de trabajo (caducidad). Porque la buena fe, ya sea en fase objetiva o subjetiva, apela siempre a un correcto obrar según los estándares morales vigentes protegidos por el derecho positivo. Y la valoración de ese correcto obrar juega un rol en los contratos laborales como en todo contrato, ¿o acaso el obrar de mala fe en materia laboral se encuentra autorizado o protegido?⁸¹.

En segundo término, la hipótesis de Caamaño es objetable porque presenta un Derecho del Trabajo constituido de una vez y para siempre; inmune e inelástico a los cambios y evoluciones propias de toda institución. Así por ejemplo, bajo la lógica de Caamaño, la protección a la conciliación del trabajo y la vida familiar, que este mismo autor reconoce en otros artículos como un incipiente contenido del Derecho del Trabajo chileno⁸², no podría ser reconducido pura y simplemente a la protección clásica y decimonónica de la fundación de nuestra disciplina, que siempre pensó en la persona individual del trabajador y no en su familia o en la empleabilidad de la mujer (como bien jurídico tutelado). Pero el Derecho del Trabajo chileno ha evolucionado y hoy contiene una serie de normas que tienen por objeto conciliar el trabajo con la vida familiar, proteger la maternidad, incentivar la corresponsabilidad de padre y madre en el cuidado de los hijos, y además, fomentar la empleabilidad de la mujer⁸³ e incluso, proteger a la empresa⁸⁴. Por consiguiente, es evidente

⁸⁰ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, "Manual de Derecho del Trabajo. Tomo [Sh] Derecho Individual del Trabajo", 1ª edición, 1989, p. 167.

⁸¹ En circunstancias que la buena fe en materia laboral se encuentra plenamente reconocida en la jurisprudencia como principio aplicable. v. Corte Suprema, CFO, 25 de octubre de 2006, Alcayaga Sasso, Juan Antonio con Universidad Católica de Chile-Corporación de Televisión, en: RDJ, tomo [C] de 2006, segunda parte, sección tercera, p. 907.

⁸² CAAMAÑO ROJO, Eduardo. Conciliación de trabajo y vida familiar. Un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno, en: Revista Derecho (Valdivia), (16): 59-82, 2004.

⁸³ Una muy reciente manifestación de tales fines pueden ser expresamente consultados en la Ley N° 20.545, publicada D.O. 17 de octubre de 2011, que "modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental". V. BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. "Historia de la Ley N° 20.545 modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental". [En línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=2011>> [consulta: 7 febrero 2012].

⁸⁴ Como postularemos más adelante de manera sistemática en esta tesis. Convengamos, en todo caso, que algo de esto ha sido insinuado en la doctrina chilena por: IRURETA URIARTE, Pedro. "El impacto de los principios

que las instituciones que conforman el Derecho del Trabajo han evolucionado en términos tales que hoy en día no protegen solo al trabajador. Por tanto, fundamentar la incompatibilidad del Derecho del Trabajo con la teoría de los actos propios en la pura especialidad histórica de la disciplina, es incorrecto porque de ello no se sigue ni lógica ni materialmente la conclusión propuesta, ya que la materialidad de la especialidad es un elemento contingente, salvo, claro está, que se fundamente el Derecho del Trabajo desde una perspectiva iusnaturalista, en donde la materia que lo compone se presenta como inalterable, y no como fruto de la contingencia que impone la positividad del derecho (como fenómeno de la modernidad, o sea como fenómeno artificial).

En tercer lugar, tampoco parece un argumento correcto sostener que el origen o matriz civilista de la doctrina de los actos propios, impide que esta pueda ser utilizada en materia laboral. Desde luego por una razón muy obvia: porque, si así fuere, entonces lisa y llanamente no podríamos concebir la estructura del contrato de trabajo cuyo marco jurídico más general son las normas del Código Civil, en las cuales se establecen sus requisitos de existencia y validez, así como los conceptos y tipos jurídicos fundamentales que configuran la teoría de los actos jurídicos. Las normas que regulan la nulidad de los contratos, ciertamente que no las encontraremos en el Código del Trabajo, como tampoco la definición de contrato consensual⁸⁵. Luego es evidente que la comprensión dogmática del contrato de trabajo supone la comprensión previa del contrato en general, cuyas normas generales están contenidas en el Código Civil.

La hipótesis de Caamaño, por consiguiente, nos presenta un ordenamiento jurídico laboral imposible de concebir, *solipsista*⁸⁶, porque parece desconocer que el ordenamiento jurídico general, al cual pertenece el laboral, es un sistema en el cual todas sus partes están relacionadas y expresan, en sí mismas y en diferentes grados, la totalidad jurídica (la idea de derecho que una comunidad acepta en un momento histórico determinado y en permanente evolución). Eso ha permitido que instituciones o doctrinas elaboradas originariamente para

jurídicos en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, □298.

⁸⁵ El artículo 1406 del CT dice expresamente: “El contrato (...) y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

⁸⁶ De “solipsismo (ingl., *solipsism*; franc., *solipsisme*; alem., *solipsismus*; ital., *solipsismo*). La tesis según la cual existo únicamente yo y todos los otros entes (hombres y cosas) son solo mis ideas”. v. ABBAGNANO, Nicola. “Diccionario de Filosofía”. México, Fondo de Cultura Económica, 4ª edic. en español, 1988, p. □991.

explicar o justificar ciertas áreas del ordenamiento, luego se apliquen en otras.

Un ejemplo de esta comunicabilidad intrasistémica puede observarse, en parte, en el Derecho del Trabajo español, con la recepción del denominado principio de adecuación social; principio que originalmente correspondió a una incorporación dogmática del penalista Hans Wenzel, como categoría del sistema de los hechos punibles, y que ha proyectado en alguna medida su influencia en la doctrina y jurisprudencia laboral española⁸⁷.

Otro ejemplo, y a propósito del principio de continuidad de la relación jurídica laboral, proviene de uno de los *iuslaboralistas* hispanoamericanos más reconocidos. Nos referimos a Manuel Alonso Olea quien, al respecto, y como ha sido recordado por Plá Rodríguez, nos enseñó que “el contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de extrema vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración”. Porque, y fundamentando el juicio, “el principio general de derecho contractual de conservación del negocio, para que este surta todos sus efectos queridos por las partes y queridos por el ordenamiento jurídico (que el art. 1284 del Código Civil formula como principio de las cláusulas contractuales, mandando que estas se entiendan en el sentido más adecuado para producir sus efectos), juega en el contrato de trabajo con especial intensidad”⁸⁸. Como se advierte, el ilustre *iuslaboralista* español, citado por el *iuslaboralista* uruguayo Plá Rodríguez, remonta la estructura del principio jurídico laboral de continuidad, al principio general civil de conservación de negocio, y no a una supuesta especialidad histórica o ideológica del Derecho del Trabajo.

O incluso, y a un nivel más abstracto, cómo desconocer la influencia general en la hermenéutica jurídica de las categorías civilísticas de la interpretación, cuestión abordada por autores de una trayectoria tan reconocida como Betti⁸⁹.

Por todo lo expuesto no se advierte la existencia de argumentos para fundamentar

⁸⁷ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo” en: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores). “Los principios del Derecho del Trabajo”. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, pp. 430-433. Sobre el punto, concluye el autor: “En definitiva, la actualidad del principio de la adecuación social en el ordenamiento laboral se expresa en su dimensión objetiva, manifestándose en la interpretación de las normas laborales –estatales y convencionales– con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, lo que justifica el análisis del método social o sociológico...”, v. *ibídem*, p. 398.

⁸⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Depalma, 2ª edic. actualizada, reimp., 1990, p. 154.

⁸⁹ BETTI, Emilio. “Las categorías civilísticas de la interpretación”, en: “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, traducción y prólogo por José Luis de los Mozos, 1975, pp. 623.

correctamente por qué en casos jurídicos laborales no podría ser utilizada la teoría de los actos propios, todo esto en el entendido que el Derecho del Trabajo no es un sistema cerrado y aislado del resto del ordenamiento jurídico. La crítica de Caamaño, por consiguiente, nos parece incorrecta. Y teóricamente correctas nos parecen las aplicaciones que la CS ha realizado de la doctrina de los actos propios en materia jurídica laboral.

1.2.1.2.2. Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales

Destaca este principio por ser, junto con el de primacía de la realidad, unos de los más aplicados por la jurisprudencia de la CS.

Este principio se deduce sin mayores mediaciones dogmáticas del tenor literal de la regla del inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo, que establece: "Los derechos establecidos en las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo". Este principio es el eje del ordenamiento jurídico laboral, pues si los derechos laborales fueran renunciables, la protección del trabajador y los otros bienes jurídicos protegidos por el Código del Trabajo, no serían jurídicamente posibles.

Sobre la irrenunciabilidad, ha sostenido la CS:

"Décimo: Que, en consecuencia, sostener que la referida cláusula atenta contra el orden público laboral y que habría sido irresistible para el trabajador, constituye una interpretación errónea, ya que, como se dijo, la misma no se encuentra prohibida por la ley, desde que no importa la renuncia del trabajador a sus derechos laborales, sino más bien constituye la regulación de un aspecto de la vinculación no abordado por la ley y que ha sido dable convenir en uso y aplicación del principio de autonomía de la voluntad, el que si bien se encuentra restringido en materia laboral, atendida la irrenunciabilidad de los derechos de esta naturaleza, no es menos cierto que igualmente tiene vigencia en los contratos de trabajo, individuales y colectivos, en la medida que en ellos se respeten los mínimos legales, pisos que no se han visto afectados en el caso en estudio"⁹⁰.

En la misma línea jurisprudencial, pero esta vez declarando inválidas las cláusulas:

"Undécimo: Que, en este orden de racionios, es útil indicar, además, que las referidas cláusulas atentan contra el orden público laboral por cuanto, si bien no se encuentran expresamente prohibidas por la ley, importan la renuncia del trabajador a sus derechos laborales, sin que pueda estimarse que constituyan la regulación de un aspecto de la vinculación no abordado por la ley y que haya sido dable convenir en uso y aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, el que –sabido es– se encuentra restringido en materia laboral, atendida la irrenunciabilidad de los derechos de esa naturaleza, sobre todo si se considera que no se han respetado los mínimos legales, afectados en el caso en estudio";

⁹⁰ CORTE SUPREMA, 29 de abril de 2004, CFO, Morales Farías, Mauro con Bata Chile S.A., en: RDI, tomo CI, enero/junio, N° 1, segunda parte, sección tercera, p. 49.

“Duodécimo: Que, por consiguiente, ante el yerro analizado y cometido en la sentencia atacada, se impone la invalidación de la decisión, ya que la errónea interpretación dada a las cláusulas debatidas, ha importado vulneración, además, del artículo 1545 del Código Civil, circunstancia que alcanza lo dispositivo del fallo desde que condujo a conceder la autorización para despedir a un trabajador aforado, por una causal improcedente⁹¹.”

En la misma línea jurisprudencial e incorporando otras categorías jurídicas:

“15°) Que la sentencia recurrida al aceptar la validez de la cláusula contenida en los anexos de contratos, a que se ha hecho referencia, alude a la norma en el inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo colectivo de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”.

Ahora bien, el Derecho Estatal del Trabajo se caracteriza por garantizar a los trabajadores un régimen de mínimos básicos irrenunciables, tales como las limitaciones horarias, descansos y vacaciones, protección de las remuneraciones, protección a la maternidad, ingreso mínimo, estabilidad laboral, etc., cuyos preceptos son de orden público.

Sobre todas estas materias las partes no pueden convenir libremente si ello es *in peius* de lo que la normativa garantiza al trabajador como mínimo, cualquier convención sobre ellas para que sea válida debe ser *in melius*, esto es, su objetivo debe ser el de mejorar la tutela mínima y básica, asegurada por las leyes del trabajo.

Como la modificación que se analiza fue en perjuicio del trabajador e implicó la renuncia a su situación de estabilidad laboral adquirida, debe concluirse que no puede tener amparo jurídico en la citada norma del inciso 2° del artículo 5° del Código del Trabajo”

Puesto que el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales se encuentra contenido en una disposición tan clara, como es el inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo, sus aplicaciones suelen presentarse en las sentencias como *ratio decidendi* y *lex decisoria litis*.

1.2.1.2.3. Principio de continuidad de la relación laboral

Considerado en alguna oportunidad por la CS como “uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo”⁹³, lo ha comprendido conceptualmente como la preferencia por los contratos individuales de trabajo de duración indefinida versus los temporales (tiempo parcial, plazo o por obra y faena). Por consiguiente, aun cuando las partes hayan pactado cláusulas de duración por obra o servicio, si por la naturaleza del caso o de la

⁹¹ CORTE SUPREMA, 27 de mayo de 2004, CFO, Ingesur Limitada con Navarro Mansilla, Ricardo, en: RDI, tomo CI, enero/junio, N°1, segunda parte, sección tercera, p.83.

⁹² CORTE SUPREMA, CFO, Manuel Olivares Inostroza, 7 de diciembre de 1998, en: RDI, tomo XCV, septiembre/diciembre, N°3, segunda parte, sección tercera, 1998, p.165.

⁹³ CORTE SUPREMA, CFF, Pairicán García, Verónica con Pérgola Cornejo, Giovanna, en: RDI, tomo CII, julio/diciembre, N°2, segunda parte, sección tercera, 2005, p.988.

cosa (mérito de la causa), resulta no del todo razonable decidir por la temporalidad del contrato, pues entonces, aplicando el principio de continuidad de la relacional laboral, y en tanto *ratio decidendi*, se debe sentenciar y se ha sentenciado la duración indefinida del contrato *sub-lite*.

“Décimo: Que uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, como lo ha reconocido este Tribunal en materias análogas, es el de la continuidad de la relación laboral, que se manifiesta, entre otras nociones, en que en presencia de una sucesión de contratos a plazo fijo, debe tenderse a concluir que se trata de un contrato de duración indefinida.

Décimo sexto: Que, por lo antes reflexionado, teniendo en cuenta el espíritu general de la legislación del trabajo, los principios orientadores del Derecho Laboral y las consecuencias jurídicas que la legislación patria atribuye a la estabilidad en el empleo, necesariamente se debe concluir que el contrato celebrado por las partes del presente juicio adquirió el carácter de indefinido...”⁹⁴.

En otro fallo también podemos advertir:

“Octavo: Que el Código del Trabajo, en relación con los contratos por obra o servicio determinado, no contempla, como en los a plazo, normas que regulen su transformación en contratos de duración indefinida.

Pero la ausencia de tales normas no obsta para que el intérprete pueda señalar los racionales límites temporales de los contratos por obra o servicio determinado o, eventualmente, su transformación en contratos de duración indefinida, en los casos particulares que puede conocer.

Compete que se señale lo anterior, pues, doctrinariamente y también conforme a nuestro derecho positivo, el principio de la continuidad de la relación laboral muestra, como una de sus manifestaciones, la preferencia por los contratos de duración indefinida, las que otorgan una mayor protección al trabajador, especialmente en el difícil momento del despido e inicio de una situación de desempleo”⁹⁵.

En la doctrina se ha fundamentado este principio en la circunstancia relativa a que todo aquello “que tienda hacia la conservación de la fuente de trabajo, al darle seguridad al trabajador no solo constituye un beneficio para él, en cuanto le trasmite una sensación de tranquilidad, sino que redundando en beneficio de la propia empresa y, a través de ella, de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes. Por estas consideraciones, afirma Krotoschin, que el principio de continuidad de la relación laboral no solo constituye “una medida de seguridad económica sino que también viene a afianzar la incorporación del trabajador a la empresa

⁹⁴ CORTE SUPREMA, CFF, Pairicán García, Verónica con Pérgola Cornejo, Giovanna, en: RDJ, tomo □CII, julio/diciembre, N° □2, segunda parte, sección tercera, 2005, p.□988.

⁹⁵ CORTE SUPREMA, CFO, Castillo Castillo, Juan, 18 de julio de 2002, en: RDJ, tomo □XCIX, julio/septiembre, N° □15, segunda parte, sección tercera, 2002, pp.□164

como medio de integración a los fines específicos del derecho social”⁹⁶.

A la fecha existe una sentencia de unificación, Rol N° ~~22088~~614 de julio de 2009, que a título de *ratio decidendi*, invoca el principio de estabilidad en el empleo “recogido por nuestro ordenamiento laboral y que se traduce en la preferencia por los contratos de duración indefinida, tendencia que es también una manifestación del principio de continuidad de la empresa” (considerando Tercero)⁹⁷.

1.2.1.2.4. Principio de estabilidad relativa en el empleo

En la doctrina comúnmente aceptada se distingue entre estabilidad relativa y estabilidad absoluta en el empleo⁹⁸.

Un régimen de estabilidad absoluta en el empleo se configura por: a) existencia en la legislación de una causa precisa justificada del despido; b) autorización previa de la autoridad competente, y c) obligación por parte del empleador de reincorporar en la empresa al trabajador que ha sido despedido sin que medie causa justificada⁹⁹.

Por su parte y en términos generales, podremos distinguir un régimen relativo de estabilidad en el empleo, cuando advirtamos las siguientes notas distintivas: a) existencia de una causal de despido preestablecida más o menos amplia; b) el pago de una indemnización variable en el caso de despido injustificado, y c) la no necesaria autorización previa por parte de la autoridad al empleador para efectuar un despido¹⁰⁰.

Pues bien, a partir de la Ley N° ~~16.455~~¹⁰¹ se introduce en Chile una fórmula del sistema de estabilidad relativa en el empleo que, no sin matices y vaivenes políticos históricos, ha predominado hasta la fecha.

⁹⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. *op. cit.*, p. 152.

⁹⁷ V. HALIN MUÑOZ, Fernando Andrés. “El recurso de unificación de jurisprudencia laboral”. Santiago, Editorial Thomson Reuters Punto Lex, tomo ~~II~~, 2010, p. 281.

⁹⁸ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Nuevas Normas. Terminación del contrato de trabajo”. Santiago, Editorial Cepet, 1990, p. 11.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 143.

¹⁰¹ Sobre “normas para la terminación del contrato de trabajo”, promulgada el día 05-04-1966 y publicada en el DO el 06-04-1966.

Nuestra jurisprudencia, cuando se refiere a la estabilidad relativa en el empleo, algunas veces lo hace llamándola “doctrina” y en otras, “principio”.

En una familia de fallos, por ejemplo, reitera la siguiente comprensión del tema:

“5º) La normativa contenida en el Código del Trabajo que regula la terminación del contrato de trabajo está inspirada en lo que la doctrina ha llamado ‘estabilidad relativa’, de acuerdo con la cual el trabajador tiene derecho a permanecer indefinidamente en su empleo hasta tanto no se configure una justa causa de terminación de contrato, de manera que si prospera el despido injustificado, indebido o improcedente tiene derecho a la respectiva indemnización por años de servicio.

6º) El régimen de estabilidad relativa no desconoce, por cierto, algunas causales objetivas de terminación del vínculo laboral como el vencimiento del plazo convenido o servicio que dio origen al contrato, a cuyo advenimiento sin derechos expira el vínculo contractual sin derechos indemnizatorios legales a favor de los trabajadores”¹⁰².

Distinguido como principio, la CS

“ya ha decidido que la legislación nacional se encuentra imbuida del principio de estabilidad relativa en el empleo, es decir, el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida en que no incurra en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo

□161 del Código del

desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento de la empresa o por desahucio (...) Que, en aras de tal principio, se establecen por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral”.¹⁰³

Sin perjuicio de fundar la resolución del caso en otras consideraciones y fuentes, la CS, en general, aplica el principio de estabilidad relativa en el empleo otorgándole el carácter de *ratio decidendi*, como hemos podido advertir.

1.2.1.2.5. Principio de continuidad de la empresa

La CS ha definido el principio en análisis, diciendo:

“16º. Que en cuanto a la alegación de la parte demandada en orden a que en la especie no tendría aplicación para la solución del conflicto la norma de continuidad establecida en el artículo

□4º, inciso 2º del D.L. 2

consideración que el principio de continuidad de la empresa consistente en que las modificaciones del dominio, posesión o mera tenencia de la misma, no alteran los derechos y obligaciones de los trabajadores que mantienen su vigencia con el o los nuevos empleadores, es aplicable a la terminación de los contratos de trabajo cualesquiera que fueren las fechas de la iniciación de la prestación del servicio, por así determinarlo en

¹⁰² CORTE SUPREMA, CFO, Manuel Olivares Inostroza, 7 de diciembre de 1998, en: RDJ, tomo septiembre/diciembre, N° □3, 1998, p. □163.

□XCV,

¹⁰³ CORTE SUPREMA, CFO, Rol N° □2424 de junio de 2008, en: GJ (336):287.

forma expresa el artículo

104 2º transitorio de la Ley N° 18.018”

Nuestro más Alto Tribunal ha inferido este principio de los enunciados jurídicos de que se compone el inciso segundo del artículo 4º del Código del Trabajo.

Art. 4º, inciso segundo: Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores.

Y ha inferido, además, que este principio de continuidad de la empresa debe llevarnos a concluir que el legislador distingue entre empleador y empresa, vinculando los derechos y obligaciones de los trabajadores con la empresa y no, necesariamente, con la persona natural o jurídica que se encuentra a cargo de ella:

“Séptimo: Que, en este orden de ideas, se debe también consignar que el mencionado artículo consagra no solo la presunción de la responsabilidad del empleador, sino que también el principio de la continuidad de la empresa. Tal criterio lleva a concluir que el legislador ha distinguido entre empresa y empleador vinculando los derechos y obligaciones de los trabajadores con la empresa y no con la persona natural o jurídica que se encuentra a cargo de ella, por esta razón ha dicho que las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran los derechos y obligaciones de aquellos.

Octavo: Que el adecuado estudio de este precepto importa considerar no solo el espíritu de la ley, esto es, aquello que se ha querido proteger o resguardar, sino también el principio de la realidad, vale decir, la verdad o la autenticidad en las relaciones laborales, aquello que es y no lo que las partes han querido que sea. Es la supremacía del bien jurídico último protegido y del principio citado los que han debido imponerse en la resolución de la presente controversia”¹⁰⁵.

Posteriormente, y conforme se le han ido presentando casos cada vez más penumbrales, la CS ha ido complejizando su comprensión del principio de continuidad de la empresa, incorporando, a la luz del análisis del inciso segundo del artículo 4º del CT, los racionios a la cultura jurisprudencial laboral:

“Quinto: Que la institución regulada en la norma transcrita, se conoce en doctrina como ‘principio de la continuidad de la empresa’ y constituye, en opinión de los autores, una excepción a la concepción patrimonialista de la misma. Tal protección se orienta a evitar la alteración, como se consignó, de los derechos y obligaciones emanadas de los contratos individuales de trabajo y de los instrumentos colectivos; la antigüedad del trabajador, para efectos de feriado, indemnizaciones y otros derechos; la existencia de organizaciones

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA, RQ, Salazar Canales, Radame, 21 de octubre de 1991, en: RDJ, tomo LXXXVIII, septiembre/diciembre, N° 3, segunda parte, sección tercera, 1991, p. 105.

¹⁰⁵ CORTE SUPREMA, CFO, Riveri Cerón, Dginnia G. con Fundación de Comunicaciones, Cultura y Capacitación del Agro, 9 de abril de 2003, en: RDJ, tomo C, enero/junio, segunda parte, sección tercera, N° 1, 2003, p. 43.

sindicales al interior de la empresa, etc. Todo ellos como consecuencia de la modificación en el dominio, posesión o mera tenencia, conceptos en los que no se hace necesario profundizar, en la medida que ellos son ampliamente conocidos y regulados en el área del derecho civil, ámbito al que no escapa, en el caso, el derecho laboral;

Sexto: Que, entonces, debe precisarse que, ciertamente, el objetivo del legislador al prever esta institución fue establecer la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo acordado, aun cuando se impone destacar la idea que prevalece en la disposición, cual es, que dos personas –o más– resultan vinculadas por un contrato, sin que medie acuerdo previo entre ellas. ‘Existirá lo que se ha dado en llamar ‘el contrato obligado’, importante y curiosa figura del Derecho Laboral, que representa una situación de excepción ante la Teoría del Derecho de Obligaciones y Contratos’ (Manual de Derecho del Trabajo, tomo Chile);

□II, William Thayer A

Séptimo: Que, esta “despersonalización del empleador”, como también se denomina a esta institución, tan específicamente prevista en nuestra legislación, no obstante sus especiales características, no puede entenderse en términos tales de hacer responsable al nuevo empleador de las obligaciones insolutas o incumplidas por el empleador anterior. Esta conclusión se desprende de que dicha pretendida extensión extrapola el espíritu del legislador en orden a que estableció la institución de que se trata, solo para mantener la continuidad de la relación laboral y sus consecuencias jurídicas o prácticas, es decir, resulta indiferente para la ley la persona o ente que asume en calidad de empleador, pero en caso alguno puede entenderse que hace surgir un nuevo deudor de las prestaciones que hayan quedado pendientes debido a la terminación de la relación laboral con el anterior empleador, como acontece en la especie”¹⁰⁶.

Conviene repasar muy suscitadamente los hechos del pleito citado, a efectos de advertir el sentido de la doctrina jurisprudencial citada.

Se demandó en la causa nulidad de despido y despido injustificado en contra de Segel Limitada y Steel S.A., ambas, en forma solidaria. La demandada Segel Limitada alegó que no tenía vinculación alguna con la codemandada, excepto que ejercían el mismo giro (empresas de seguridad) y que, abandonadas las instalaciones por Steel S.A., con el consentimiento de sus dueños, tomó a su cargo algunas de estas instalaciones, contratando algunos de los trabajadores de Steel S.A., cuyo no era el caso de los demandantes.

La demandada Steel S.A. argumentó que la única empleadora de los demandantes había sido ella y que por su decisión exclusiva le puso término a sus servicios por necesidades de la empresa.

El Tribunal de primera instancia acogió la demanda y condenó a los demandados solidariamente. Alzados los demandados contra el fallo, una de las Salas de la Corte de

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA, CFO, Yapur Yao, Yael Yougatt, Enrique y otros con Steel S.A. y Segel Limitada, en: RDJ, tomo

□CII, julio/diciembre, segunda parte, sección tercera.

Apelaciones lo confirmó. Recurriendo Segel Limitada de casación en el fondo, argumentó que el fallo atacado, entre otras disposiciones, había vulnerado el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo, pues la correcta aplicación de la norma en comento, impedía que la consideraran a ella empleadora de los demandantes, puesto que no era continuadora legal.

En la sentencia de casación comentada se aplicó directamente, en tanto *ratio decidendi*, el principio de continuidad de la empresa, en lo que podríamos distinguir como su sentido negativo, por cuanto se aplicó dicha norma a una situación no regulada por él.

“Décimo: Que, por consiguiente, procede concluir que en la sentencia impugnada se ha aplicado el artículo 4° inciso segundo del Código del Trabajo por él, interpretando erróneamente su sentido y alcance, incurriéndose en el yerro denunciado por la recurrente, con influencia en lo dispositivo del fallo, desde que ha conducido a condenar solidariamente a un tercero al pago de prestaciones de las que no es responsable legalmente”¹⁰⁷.

A nuestro juicio es bastante claro que, en este fallo, el principio de continuidad de la empresa, habiéndose asumido que se encuentra contenido en el inciso segundo del artículo 4° del CT, opera como la *ratio decidendi* del fallo.

1.2.1.2.6. Principio de la libertad sindical

El principio de la libertad sindical encuentra su fuente primigenia en la garantía del artículo 19 N° 19 de la CPR, cuyo inciso primero asegura a todas las personas “el derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria”. También dicha garantía se manifiesta constitucionalmente, cuando el inciso quinto del N° 16 del artículo 19 de la CPR, asegura el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores¹⁰⁸.

A su vez el principio de la libertad sindical se encuentra ampliamente reconocido en todos los niveles del ordenamiento jurídico laboral chileno, sobre todo después de la adopción que nuestro país realizó de los Convenios 87, sobre Libertad Sindical, y 98, sobre Negociación Colectiva, ambos de la OIT¹⁰⁹.

¹⁰⁷ CORTE SUPREMA, CFO, Yapur Yao, Yael Yougatt, Enrique y otros con Steel S.A. y Segel Limitada, en: RDJ, tomo CII, julio/diciembre, segunda parte, sección tercera, N° 2, 2005, p. 946.

¹⁰⁸ Para una perspectiva dogmática constitucional del tema: IRURETA URIARTE, Pedro. “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución chilena”. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, 2006.

¹⁰⁹ Los referidos Convenios 87 y 98 de la OIT fueron aprobados por el Congreso Nacional el 10 de noviembre de 1998, y fueron ratificados por el Presidente de la República el 1 de febrero de 1999. Promulgados mediante

Sería inoficioso exponer aquí las diversas normas jurídicas positivas desde las cuales puede inferirse sistemáticamente una perspectiva del principio de la libertad sindical, pues lo que se pretende en esta sección es solo mostrar una tendencia del reconocimiento que la jurisprudencia ha efectuado de él. Tampoco resulta necesario explicar latamente el concepto de la libertad sindical. Sin embargo, es conveniente que en forma muy sintética nos refiramos a los contenidos esenciales de esta norma jurídica denominada principio de la libertad sindical y que son: 1. La libertad sindical positiva, que comprende el derecho a constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a los sindicatos ya constituidos. 2. La libertad sindical negativa, que contiene los derechos a no afiliarse o desafiliarse de una organización sindical. 3. El derecho al ejercicio de la libertad sindical. La libertad sindical colectiva trae consigo un conjunto de derechos que pueden ejercitarse: 1. Ante el Estado: autonomía sindical, personalidad jurídica, pluralidad sindical, ejercicio de las funciones sindicales. 2. Ante los empleadores y las organizaciones patronales: Fuero sindical y prohibición de prácticas desleales. 3. Ante otras organizaciones sindicales: pluralidad sindical¹¹⁰.

A partir del año 2000, nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo sistemáticamente este principio y utilizándolo como *ratio decidendi*.

Entre otros ejemplos de su aplicación, presentamos los siguientes:

“Tercero: Que sobre la base de los antecedentes descritos en el motivo anterior, los Jueces del grado, estimando que no corresponde discusión por parte de la demandada acerca de la existencia del sindicato formado a su interior, sino que solo le competía constatar dicha existencia; que la pretendida falta de comunicación de la constitución del sindicato cuestionado no es aceptable para los efectos de desconocer el fuero de la trabajadora a la que despidió, constitución que por lo demás le había sido comunicada a esa época; que, además no se trata del fuero de candidato, sino del fuero de director electo, al que se aplican los artículos 215 y 289 a) del Código del Trabajo, los que no exigen comunicación y, aun cuando la exigieran, esta se realizó y, conforme la significación del principio de la libertad sindical establecida en el artículo 1° del convenio N° 98 Internacional del Trabajo, acogido en los artículos 215 y 289 a) del Código del Trabajo, considerando que la presente conducta es aún más grave por cuanto se trata del despido de una trabajadora aforada, para lo que requería de autorización judicial previa, la que no obtuvo, desde que se ha mantenido negando la existencia del sindicato de que aquella era

□ 1° del convenio N° 98
□ 215 y 289 a) del Código del Trabajo

Decreto N° 227, Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 1999, su vigencia comenzó a regir a partir de 1° de febrero de 2000.

□ 227, Ministerio de Trabajo y Previsión Social

¹¹⁰ Para una comprensión general y universalista de la libertad sindical, puede consultarse la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT, v. OIT “Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de administración de la OIT”. Ginebra, OIT, 5ª edición (revisada), 2006. Versión digital: [en línea] <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/23s2006.pdf> [consulta: 9 febrero 2012].

□ 5ª edic. (revisada), 2006

directora, lo que unido a la negativa persistente de reincorporarla, más la desvinculación de otros trabajadores aforados, decidieron que estas actitudes constituyen prácticas antisindicales porque han tenido por preciso objeto atentar contra el derecho a constituir un sindicato”¹¹¹.

Otra interesante aplicación:

“Undécimo: Que el artículo principio de libertad sindical inserto en nuestro ordenamiento jurídico y señala de manera categórica, que ‘la afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable’, y a continuación expresa que ‘tampoco podrá impedirse su desafiliación’, dando aplicación al derecho de asociarse consagrado en el artículo

□214 del Código del Tra

□19 N°□15 de la Carta Fundame

Duodécimo: Que de acuerdo con el principio de libertad sindical consagrado en el artículo

□19 N°□19 de la Carta

Organización Internacional del Trabajo, los trabajadores están facultados para ejercer su derecho a afiliarse o desafiliarse de una organización sindical en el momento en que lo estimen conveniente a sus intereses, correspondiendo el acto de desafiliación evidentemente al ejercicio de un derecho que se realiza dentro del marco de la autonomía sindical establecida en el sistema legal vigente, razón por la cual, analizados y valorados los antecedentes proporcionados por las partes de acuerdo a las reglas de la sana crítica, a juicio de esta Corte resulta evidente que los recurridos con su negativa a recibir y tramitar las renunciaciones de un número importante de asociados, han incurrido en un acto ilegal y arbitrario, careciendo su negativa de fundamentos suficientes para hacerlo, infringiendo no solo la normativa legal vigente que permite claramente la desafiliación de quienes no desean permanecer adheridos a un Sindicato, sino que además ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal que afecta las garantías constitucionales del artículo N° 19 de la Constitución Política de la República”¹¹².

□19 N°□15 y

Finalmente, mostramos un fallo que incorpora un mayor volumen de normas jurídicas positivas en el proceso de inferencia del principio de la libertad sindical.

Cuarto: Que como lo ha precisado la Juez a quo, nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo estatuido en el inciso segundo del artículo República, incorporó lo establecido en los convenios 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, consagrando de esta manera el principio de la libertad sindical, lo que es reconocido, además, en los numerales 16 y 19 del artículo Constitucional, estatuyendo en los artículos sanciones de aquellas conductas que atentan contra su libre ejercicio.

□5° de la Constitución

□19 del Texto

□289 y siguientes del C

Quinto: Que la libertad sindical y la negociación colectiva suponen una conciencia recta para cumplirlas, y por ende encontrar amparo en el derecho, correspondiendo a los Jueces ponderar en conciencia la totalidad de las pruebas, para determinar las conductas que lesionen esa libertad”¹¹³.

La revisión de la jurisprudencia citada nos permite afirmar que el principio de la

¹¹¹ CORTE SUPREMA, CFO, Rol N° ~~2006~~, 24 de marzo de 2009, en: GI (345):233-234.

¹¹² CORTE SUPREMA, 08/11/2010, Rol N° ~~2010~~ ejemplar fotocopiado.

¹¹³ CORTE SUPREMA, 29/08/2006, Rol N° ~~2006~~, ejemplar fotocopiado.

libertad sindical ha operado en el discurso de aplicación jurisdiccional como *ratio decidendi* y también como *lex decisoria litis*, cuando la CS lo reconduce al artículo 19 N° 19 de la CPR, a las normas de los Convenios 87 y 98 de la OIT, y a las del CT, en particular a las contenidas en los libros III, “De las organizaciones sindicales y del delegado del personal”, y IV “De la negociación colectiva”.

1.2.1.2.7. Principio de primacía de la realidad

Junto con el principio protector y el de la irrenunciabilidad, el principio de primacía de la realidad es uno de los más aplicados por los tribunales laborales de nuestro país.

Nuestra investigación descubrió un primer reconocimiento de este principio en un fallo de la CS de 1985 que confirmaba uno de primera instancia apelado, en el cual expresamente se le aplicaba y asumía como *ratio decidendi*. Se trataba del típico caso en el cual una persona demandaba la declaración y constitución de la existencia de una relación jurídica laboral ahí donde en lo formal se había escriturado y pretendido mantener una de naturaleza jurídica civil bajo el amparo del contrato de prestación de servicios profesionales. El Tribunal de primera instancia, por aquellos años del fuero civil, acogió la demanda y declaró la existencia de una relación jurídica laboral fundando la doctrina de su fallo básicamente en el considerando duodécimo, en el cual razonaba:

“Duodécimo: que, como se ha visto, han concurrido en la especie todos los elementos que inalterablemente ha reconocido la jurisprudencia como esenciales para dar por establecida la existencia de un contrato, sin que sea óbice para concluir de esta forma ni la carta de fecha 7 de octubre de 1982, ni el contrato modificado del día 6 de ese mismo mes y año, porque en primer término los derechos del trabajador son irrenunciables mientras dure la relación laboral y, por cuanto en el derecho laboral moderno se impone por encima de cualquier consideración de los contratantes, el principio de la primacía de la realidad, que, partiendo de la base que el contrato de trabajo es un ‘contrato realidad’ concluye que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos debe darse primacía o preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”¹¹⁴.

Pues bien, la CS en sede de Queja Laboral, confirmó el fallo, es decir, mantuvo la decisión de constituir la relación jurídica laboral, pero excluyó expresamente como fundamento el considerando duodécimo, en el cual se hacía referencia al principio de primacía de la realidad. Por esta razón, sostenemos que lo reconoció negativamente, puesto

¹¹⁴ De 12 de abril de 1985, Rol N° 839, dictada por el Juez Titular del 29° Juzgado Civil de Santiago, don Mario Torres Labraña, en: Fallos del Mes, N° 832, QUINTA EDICIÓN, Edición del Instituto Chileno de Estudios Nematécnicos Ichen S.A.E., p. 477.

que su exclusión supone previamente haber tomado conocimiento de la existencia de aquel, en tanto *ratio decidendi* del fallo de primera instancia¹¹⁵.

Sin embargo el reconocimiento positivo no tardará en llegar. Será en 1987 cuando la CS, en sede de apelación de Recurso de Protección, lo identifique positivamente por la vía de confirmar una sentencia de la I.C.A. de Santiago que, para la historia de los principios jurídicos laborales, tendrá el mérito de haber definido en forma completa por primera vez el contenido del principio de primacía de la realidad, en términos que hasta la fecha se han mantenido prácticamente inalterables. Por la importancia del tema, transcribiremos dos considerandos del fallo apelado que fuera confirmado por la CS:

“Sexto: Que entre los principios imperantes en materia de Derecho del Trabajo y que sirven de inspiración al derecho positivo de esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad que para el tratadista Américo Plá Rodríguez ‘significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos’ (‘Los principios del Derecho del Trabajo’. 2ª

□edic. actualizada, pág.

orden de ideas, otro autor, Mario Deveali, citado por el anterior, además de afirmar que la primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se mantiene en todas sus fases de la relación de trabajo, expresa también que ‘la mayoría de las normas que constituyen el Derecho del Trabajo se refieren más que al contrato, considerado como negocio jurídico, y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación de trabajo; y la aplicabilidad y los efectos de que aquellas dependen, más que del tenor de las cláusulas contractuales, de las modalidades concretas de dicha prestación (ob. cit., pág. 254)’”.

“Séptimo: Que este principio de la realidad en el Derecho del Trabajo informa, entre otras disposiciones, el artículo 008° del D.ablese que ‘toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo’. En otras palabras la ley supone la existencia de un contrato de esta índole siempre que exista una situación consistente en que dos personas se han obligado recíprocamente: una a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación de otra que se obliga a pagar por estos servicios una remuneración determinada, correspondiendo el carácter de empleador a la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales y la calidad de trabajador, a la persona natural que presta esos servicios, bajo dependencia o subordinación, como lo entiende el artículo del D.L. 2.200 en sus letras a) y b)’”¹¹⁶.

□3°

¹¹⁵ CORTE SUPREMA, RQ, Rol N° 8395 Quintela Mellings, Silvana con Instituto Chileno de Estudios Nematécnicos Ichen S.A.E., 1985, Rol N° 474. □320, julio de

¹¹⁶ 19 de diciembre de 1986, Rol N° 8384 Sociedad Establecimientos Chez Henry Ltda. Recurso de Protección, en: Fallos del Mes, N° 19, □340, marzo 1987, Apelaciones que falló el recurso de protección, estuvo integrada por los Ministros sres. Marcos Libedinsky, Raquel Camposano y Alberto Novoa. Redactó el fallo el Ministro señor Marcos Libedinsky. A su vez la 3ª Sala de la Corte Suprema que, con fecha 12 de marzo de 1987, en Rol N° 21.954, confirmó □21.954, confirmó o Zurita.

En el fallo se plasma uno de los métodos más comunes de argumentación jurisdiccional del Derecho del Trabajo chileno, consistente en los siguientes pasos: primero se hace un llamado a la doctrina, en la cual se descubre la existencia de una teoría que explica la naturaleza y fines de una determinada institución; para luego, en la cadena de razonamientos, puntualizar que tal comprensión de la institución, es la que gobierna determinadas disposiciones del derecho positivo que la configuran en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

A nuestro entender, en el citado fallo el llamamiento al principio de primacía de la realidad se efectúa a título de *ratio decidendi* conjuntamente con la relación sistemática de los artículos 200. Y 8° del DFL. El fallo invoca el principio de primacía de la realidad no como un argumento al pasar u *obiter dictum*, sino que en tanto una de las razones principales que han llevado al Tribunal a decidir en un sentido conforme a lo que ordena el principio.

Por la radicalidad de las soluciones a las que es posible de arribar gracias al concurso del principio de primacía de la realidad, sobre todo en una cultura de impronta legalista como la nuestra¹¹⁷, es que siempre al citado principio le ha cabido una participación destacada y paradigmática en la historia del desarrollo y reconocimiento de los principios jurídicos laborales en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

En efecto, como ya adelantáramos, la CS en sede de casación en el fondo, causa Rol N° 7-2006a propósito del principio de primacía de la realidad, no solo distinguió entre principios expresos y principios implícitos, sino que también les atribuyó la naturaleza de normas jurídicas positivas (por estar dentro de la ley), consolidando con ello una comprensión jurisprudencial de estos, ya no como el de ser simples directrices, orientaciones legislativas, espíritu general de la legislación, método de interpretación o integración de las leyes; pues de lo contrario las infracciones a ellos, no podrían prosperar como causales de casación en el fondo, ya que este recurso, siendo de derecho estricto, como sabemos, procede contra las

¹¹⁷ Para una reflexión sobre la cultura jurídica chilena: FUENZALIDA FAIVOVICH, Edmundo. "Derecho y Cultura Jurídica en Chile (1974-1999)", en: FIX-FIERRO, Héctor (coord.), FRIEDMAN, M. Lawrence (coord.), PÉREZ PERDOMO, Rogelio (coord.). "Culturas Jurídicas Latinas en Europa y América en tiempos de globalización". México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 195-230; SQUELLA NARDUCCI, Agustín. "Filosofía del Derecho". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edic., reimp., 2003. pp. 587 SQUELLA N., Agustín (editor) (autores: Carlos Peña G., Jorge Correa S. y Pablo Ruiz-Tagle). "Evolución de la cultura jurídica chilena". Santiago, CPU, 1994; SQUELLA N., Agustín (editor) (autores: Enrique Barros, Antonio Bascuñán, José Luis Cea, Jorge Correa, Francisco Cumplido, Iván Lavados y Agustín Squella). "La cultura jurídica chilena". Santiago, CPU, 1992.

sentencias definitivas inapelables y contras las interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por tribunales arbitrales de segunda instancia, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción de ley haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 677 del CPC), debiendo el recurrente “señalar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida” (artículo 772 del CPC).

Por la importancia de la argumentación que desarrollaremos, resulta prudente volver a transcribir algunos considerandos del fallo:

“2°) Que, previo a las consideraciones referidas al recurso de casación en el fondo, es conveniente precisar que en el debate parlamentario en el Senado (sesión 14, de 16 de noviembre de 1993), al discutirse los términos de la reforma introducida al Código de Procedimiento Civil por la Ley N°

□19.374, se planteó la

concepto de ‘infracción de ley’ y no incorporar el que podría llamar a equívocos como es el de ‘error de derecho’, respondiéndose que el cambio era de toda conveniencia, argumentándose que este nuevo concepto diferenciaría la causal de casación en el fondo de los errores de procedimiento, puesto que uno es el *error in procedendo* y otro el *error in iudicando*, pudiendo este último tener tres fundamentos: la aplicación de una ley que no corresponde; la no aplicación de una normativa pertinente al caso y, por lo mismo, que debió considerarse, y, en fin, aplicar una ley con una extensión o interpretación distinta a la que realmente corresponde, lo que fue expresamente consignado para los efectos de la historia fidedigna de su establecimiento y así se aprobó.

Lo anterior trajo como consecuencia lo que se denominó ‘la innovación más importante’, esto es, ‘que no se obliga (al recurrente) a hacer mención expresa y determinada de la ley o leyes que se suponen infringidas...’ sino que basta con precisar en qué consiste el error o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida y de qué modo ese o esos errores de derecho influyen substancialmente en lo dispositivo del fallo.

3°) Que esta Corte Suprema entiende que la modificación legislativa contenida en la Ley N°

□19.374, que entre otr

casación en el fondo, específicamente el artículo 677 del Código de Procedimiento Civil, incorporando el concepto de error de derecho, en reemplazo de infracción de ley, no obstante que mantiene esta última terminología en los artículos

□767 y 785 del citado

cuerpo legal, amplió la causal del recurso de casación en el fondo en resguardo de todos los preceptos de carácter legal, entre los cuales deben incluirse los principios generales de la legislación, que se desprenden de la misma ley, ya por mención expresa, como en el caso del inciso segundo del artículo 767 del Código del Trabajo, como aquellos que emanan del conjunto de sus normas, todos los cuales tienen por objeto dar mayor estabilidad y certidumbre a las relaciones particulares (el subrayado es nuestro).

20°) Que, consecuentemente, los magistrados de la instancia han incurrido en error de derecho, al determinar el carácter legal del instrumento colectivo, infringiendo con ello:

a) La ley del contrato establecida en el artículo

□1545 del Código Civil

sobre gratificaciones contempladas en los artículos

□47 y 50 del Código de

Las normas sobre interpretación de los contratos de los artículos

□1560 y 1564 inciso 3°

del citado Código Civil, y d) El principio general de la legislación laboral de la realidad

(...)”¹¹⁸.

A nuestro entender, el citado fallo inaugura una comprensión de los principios jurídicos laborales como normas jurídicas principales y no supletorias, no como simples criterios interpretativos de la ley o meras pautas inspiradoras o informadores de la legislación laboral. Bajo esta nueva comprensión de la CS, los principios jurídicos laborales, siendo normas jurídicas positivas (porque “se desprenden de la misma ley”), pueden ser expresos o implícitos (“que emanan del conjunto de sus normas”). Y el objeto o finalidad de aquellos es darle “mayor estabilidad y certidumbre a las relaciones particulares”. En síntesis, para el citado fallo, los principios jurídicos: a) son normas jurídicas de derecho positivo, b) pueden ser expresos o implícitos, y c) tienen por finalidad darle “mayor estabilidad y certidumbre a las relaciones particulares”.

Sin embargo, debe ser considerado en el análisis que esta tesis jurisdiccional ha sido contradicha por otra de fecha 25 de agosto de 1999, también en el contexto de una causa laboral, sede de casación en el fondo. La CS dijo:

“Vigésimo segundo: Que tampoco tiene sustento valedero el restante vicio de nulidad invocado en el recurso, porque, al margen que el recurso de casación en el fondo no puede intentarse con motivo de infracciones a principios de derecho, sino haciendo valer una infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, al tenor de lo prescrito en la parte final del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil (...)”¹¹⁹.

□767 del Código de Pro

La colisión de doctrinas jurisprudenciales sobre un mismo tema no puede ser más evidente, puesto que en un fallo se sostiene que la casación fundada en principios procede y en el otro se afirma lo contrario, ya que resuelve, aunque a la pasada y ni siquiera como *obiter dictum*, que solo puede impetrarse haciendo valer infracciones de ley.

Consideramos más razonable la doctrina jurisprudencial que considera a los principios como norma jurídica o derecho vigente, esto es como material autoritativo suficiente cuya infracción puede ser el fundamento de un recurso de casación en el fondo.

¹¹⁸ CORTE SUPREMA, CFO, 25 de septiembre de 1997, Reckitt & Colman Chile S.A., en: RDJ, tomo CXCVI, septiembre/diciembre, N° 156, segunda parte, sección tercera, pp. □145. Sala de la Corte Suprema que dictó el fallo estuvo integrada por los señores Ministros Hernán Álvarez G., Mario Garrido M., Marcos Libedinsky T., Jorge Rodríguez A. y José Bernales P.

¹¹⁹ CORTE SUPREMA, CFO, 25 de agosto de 1999, Empresa de Transportes Fénix Pullman Norte Ltda., en: RDJ, tomo XCVI, mayo/agosto, N° □2, segunda parte, s. que dictó el fallo estuvo integrada por los señores Mario Garrido M., José Benquis C., Urbano Marín V., Mario Mosquera R. y José Bernales P. La redacción estuvo a cargo del Ministro don Urbano Marín Vallejos.

Justificamos nuestra preferencia por el fallo que acoge a los principios en el recurso de casación en el fondo con las siguientes razones: El fallo exhibe una mayor sistematicidad, ya que es fruto de la inferencia de un mayor número de normas, a saber: artículos 1560 y 1564 del Código Civil y artículos 47 y 50 del Código de Procedimiento Civil, fidedigna de las normas que modificaron el recurso de casación en el fondo.

En cambio la sentencia que sostiene que la casación fundada en principios no procede, no se hace cargo mayormente de esos elementos así como tampoco argumentativamente de los efectos jurídicos de lo dispuesto por los N^{os} 1) y 2) del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil¹²⁰, cuestión que sí hace el fallo que defendemos.

A nuestro juicio, resulta contrario a la exigencia de racionalidad que el derecho impone a sus operadores el que los cambios de doctrina jurisdiccional omitan una fundamentación de tales contingencias. Las exigencias del Estado de Derecho hacen conveniente, en aras a la mantención de la racionalidad como instrumento de la convivencia democrática, una explicación jurisdiccional de por qué, en un caso muy similar a otro, por no decir idéntico en lo substancial, no se ha de aplicar una doctrina vigente y las razones de por qué, en el nuevo caso, se juzgará con otra vara.

El ideal normativo del Estado de Derecho impone la obligación de justificar o motivar las decisiones jurisdiccionales, puesto que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias” (art. 19 N° 2 de la CPR) dimanar de procedimientos racionales y justos (art. 19 N° 3 de la CPR). deberemos preferir las decisiones jurisdiccionales más y mejor fundamentadas.

Por consiguiente, la sentencia de la CS que dice que la casación “no puede intentarse con motivo de infracciones a principios de derecho”, deberá ser preterida, por insuficiencia argumentativa.

Abonando nuestra opinión, convengamos que gravita en la órbita hermenéutica de este asunto, un importante elemento histórico, a saber: un objetivo de la reforma de los Recursos de Casación y de Queja fue precisamente abrir la puerta a una comprensión del Derecho

¹²⁰ Art. 772 del Código de Procedimiento Civil. Expresa de qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, y 2. Señalar en qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo (...).

reconocido también este en los elementos materiales que le dan consistencia, como en parte son los principios, en la perspectiva de otorgarle mayor coherencia y continuidad a la jurisprudencia.

Como sabemos, la actual redacción del artículo 772 del Código de Procedimiento Civil fue introducida por la Ley N° 19.374, y no solo contribuir con mayor dinamismo del sistema judicial, sino también, a la unidad jurisprudencial de la CS, puesto que “al tener competencia compartida las distintas salas, se dan comúnmente situaciones de fallos contradictorios entre ellas, lo que produce la impresión de no haber un solo más Alto Tribunal de la República”¹²².

Se había constatado que los recursos de queja y casación eran fallados sin consignarse los fundamentos de las resoluciones y sin que fuera escuchada la contraparte en el pleito, rompiéndose así el principio de la bilateralidad de la audiencia, racionalidad y motivación de los fallos, base del Estado de Derecho¹²³. Por otra parte, toda la discusión parlamentaria coincidió en el diagnóstico de la situación y se encaminó rápidamente a la búsqueda de las mejores soluciones legislativas para enfrentar estos retos.

Teniendo presente lo anterior, estimamos justificado proponer que la redacción del artículo 772 del CPC contribuya a la concreción de esos fines. La coherencia y uniformidad de la jurisprudencia tiene mejores oportunidades de ser obtenida cuando las fundamentaciones de aquella se hacen también por referencia a conceptos generales, como la idea de derecho que gobierna una institución, y no solo en función única y exclusivamente de reglas o disposiciones precisas. La reforma tuvo el gran mérito de reconocer que el derecho se compone de varias piezas y que el derecho, por consiguiente, es un ordenamiento complejo, no reducible a una sola pieza en particular.

Concluyendo: si bien es cierto que el artículo 767 del CPC s

¹²¹ Que “Modifica Códigos Orgánico de Tribunales, de Procedimiento Civil y de Procedimiento Penal, en lo relativo a organización y funcionamiento de la Corte Suprema, recurso de queja y recurso de casación”, publicada en el DO de 18 de febrero de 1995.

¹²² V. MENSAJE DEL EJECUTIVO proyecto Ley de 12 de noviembre de 1992, en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° 19.374” <http://www.bibliotecacongreso.gub.uy/historias-de-la-ley-ordenadas-por-numero> [consulta 4 junio 2011].

¹²³ *Ibidem*, pp. 65

casación en el fondo debe ser interpuesto en contra de sentencias que se hayan pronunciado con infracción de ley, no es menos cierto y por las razones que hemos dado, que la reforma del artículo

□772 del mismo

recurso, no pudo sino ampliar el repertorio de estructuras normativas (y/o piezas del derecho) cuya vulneración autoriza a deducir el recurso de casación en el fondo. Bajo esta idea, la Ley se nos presenta como una estructura normativa general o un continente jurídico, conformada implícitamente por otras estructuras normativas, entre ellas, los principios. Visto así el asunto, la exigencia del artículo

□772 del CPC, en cuanto a fundam

recurso de casación, cobra pleno sentido¹²⁴.

Finalmente, es necesario no perder de vista que, como es sabido, la Ley N° de marzo de 2008, eliminó el recurso de casación, forma y fondo, del procedimiento laboral, e introdujo el recurso de unificación de la jurisprudencia. Hasta al momento no se han presentado casos de unificación de jurisprudencia en materia de principios jurídicos. Con todo, dados los términos del enunciado normativo que constituye el recurso de unificación de la jurisprudencia¹²⁵, así como las sentencias libradas hasta la fecha, es previsible que se continúe con la misma línea jurisprudencial en materia de principios, pues expresamente la unificación deberá recaer respecto de ciertas materias de derecho (no de ley en sentido estricto) sobre las cuales existieren distintas interpretaciones.

□20.260, de 29

La trascendencia jurídica procesal del recurso de unificación de la jurisprudencia, como ha sido destacado por Romero Seguel, radica en que abre las puertas para la introducción del derecho de precedentes, en donde el precedente es la *ratio decidendi* o concepto jurídico, que

¹²⁴ Para una crítica a la ley entendida en su sentido estricto como causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil, y sobre cómo la práctica judicial ha ido demostrando que no es la única fuente del derecho utilizada como norma *decisoria litis*, con especial mención a los principios generales del derecho, v. ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge. “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”. Revista Ius et Praxis año 14 (1°): 225-259, 2008. En el mismo sentido, y con especial mención a los efectos de la reforma del artículo “partiendo de la base elemental que el derecho no se agota en la ley”, Romero Seguel ha justificado incluso que el tenor literal del artículo Argumenta el citado autor que “la base positiva de tal recurso, a nuestro entender, está en la infracción del artículo ~~relacionado con la Constitución~~, jurisprudencial que causa agravio al sujeto que recurre”, v. ROMERO SEGUEL, Alejandro. “La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, nota a pie de página 95, p. □62.

□772 del CPC, y

□772 del CPC admi

¹²⁵ Artículo 483 del CT: “Excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse el recurso de unificación de jurisprudencia. Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”.

se hará primar en un fallo posterior, en sede de unificación de la jurisprudencia¹²⁶. Y ciertamente que esa *ratio decidendi* o concepto jurídico puede ser un principio jurídico laboral.

1.2.1.2.8. Valoración crítica de la doctrina jurisprudencial

¿Es posible abstraer de la jurisprudencia analizada un concepto y una concepción de principios jurídicos laborales?

Pensamos que sí porque es posible identificar algunas notas distintivas fundamentales en el *corpus* jurisprudencial, relacionadas entre ellas por conexiones de sentido jurídico, lo que nos permite metodológicamente configurar una idea matriz subyacente en la decisión jurisprudencial de preferir solucionar un caso, utilizando el ente normativo abstracto denominado principios por sobre otras piezas del derecho o en conjunto con otras.¹²⁷

1.2.1.2.8.1. Notas distintivas

Para la formación de un concepto (idea general) y una concepción de principios

¹²⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro. “La discriminación judicial como nuevo error *decisorio litis* en el proceso chileno”. Revista Chilena de Derecho 38 (2):339-348, 2011. El citado autor, mediante un análisis crítico, demuestra que esta tendencia hacia la creación de un derecho de precedentes es observable en varias sentencias de unificación laboral, tales como, las Roles N° ~~09.886~~ 14 de julio de 2009; N° ~~26407~~ de 26 de octubre de 2010; N° ~~26803~~ de 9 de noviembre de 2010, entre otras.

¹²⁷ La abstracción que proponemos es de alcance medio, pues un mayor nivel de abstracción, trae como consecuencia lógica un aumento en el nivel de vacío de contenido del concepto. Y dado que aspiramos a que nuestra conceptualización pueda tener una proyección de sentido dogmático y práctico, como para comprender con cierto detalle el sentido del fenómeno de los principios reconocidos por la jurisprudencia, no podemos elevar el pensamiento a un grado en donde ya el concepto se nos hace tan abstracto que nos impide distinguir lo buscado, esto es, una idea general de los principios presente en la jurisprudencia, fácilmente reconocible por los operadores del Derecho del Trabajo. Asimismo, nuestra búsqueda conceptual la hacemos también, en parte, apreciando lo que Hegel entiende por concepto concreto, bajo el cual los momentos del concepto no pueden ser separados, sino que más bien “cada uno de sus momentos solo puede ser inmediatamente comprendido desde el otro y con el otro”. Porque la naturaleza del concepto, dice Hegel, consiste “en manifestarse en su proceso como evolución de sí mismo”, v. LARENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”, *op. cit.*,

□447. Lo anterior nos permiten hacer la generalización no las encontramos aisladas y estáticas, sino que conectadas unas con otras y en permanente desarrollo, por oposición a una búsqueda conceptual puramente abstracta. Según Larenz, “las formas de pensamiento del tipo y del concepto determinado por función tienen algunos rasgos comunes con el concepto concreto de Hegel, sin que ello pueda equipararse a él”, v. *ibídem*, p.

□447. Para una aproximación al estudio sobre lo abstracto y lo concreto en el derecho: ENGISCH, Karl. “La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales”. Granada, Editorial Comares, estudio preliminar, epílogo y traducción de Juan José Gil Cremades, 2004.

jurídicos laborales (especificación conceptual), se advierte la existencia de, al menos, siete notas distintivas en el corpus jurisprudencial examinado, a saber:

- 1°. La nota que el Código del Trabajo y sus leyes complementarias y/o, la legislación laboral chilena, se sustenta en principios que ordenan el sentido general normativo de sus disposiciones, como reiteradamente y desde 1903 se viene afirmando en los fallos catalogados. Esta noción también se extiende a la consideración de los principios como la estructura material normativa de las disposiciones que contiene, por consiguiente, las grandes valoraciones y fines del sistema. El principio se presenta así como el fin normativo al cual propende el ordenamiento; fin que aspira a que sus consecuencias normativas se optimicen o se realicen plenamente en sus concretizaciones;
- 2°. La nota que los principios son entes normativos, porque en los fallos analizados se considera que estos direccionan las conductas de los sujetos de derecho, en términos de deber ser, sancionándoseles cuando no se ajustan a ellos;
- 3°. La consideración que los principios pueden operar como son razones suficientes (*ratio decidendi*) para decidir casos, pues así se ha manifestado expresamente en reiteradas sentencias en sede de queja y de casación en el fondo, en donde incluso la norma *decisoria litis* que invoca el Tribunal es un principio por sí solo o en combinación con otras disposiciones legales;
- 4°. La aceptación implícita que los principios no poseen la forma de una regla, esto es, de una norma jurídica cuyo enunciado positivo contiene un supuesto de hecho plenamente delimitado lo mismo que la consecuencia jurídica (S→P) sino más bien la comprensión de aquellos, como entes cuya forma se hace plenamente visible en el acto de aplicación judicial, en donde se concretizan e identifican los elementos que los configuran, signados siempre por la finalidad o por la propensión a realizar cierta finalidad o valoración;
- 5°. La visión de un ordenamiento compuesto por varios principios jurídicos laborales (protección, irrenunciabilidad de los derechos laborales, continuidad de la relación laboral, estabilidad relativa en el empleo, continuidad empresa, libertad sindical y primacía de la realidad);

- 6°. Pero también la nota distintiva que ve el ordenamiento jurídico laboral no aislado o encerrado en sí mismo, sino que formando parte del ordenamiento jurídico general del país, admitiendo su estructura la coexistencia de principios jurídicos laborales con los jurídicos civiles o generales del derecho, como son, la buena fe contractual y la autonomía de la voluntad, y
- 7°. El reconocimiento que los principios pueden colisionar entre sí, y que la colisión entre ellos se resuelve mediante un juicio de ponderación mediante el cual se hace primar, en la aplicación, a uno por sobre el otro, lo cual no supone postular la extinción o derogación tácita o expresa del principio preterido, como lo prueban los casos de colisión entre el principio de protección al trabajador con el de la buena fe contractual, donde nadie podría afirmar que la preferencia por la buena fe haya significado la pérdida de vigencia general del principio de protección.

1.2.1.2.8.2. Idea general o concepto de principio en la jurisprudencia analizada

Por los constantes llamamientos que las notas distintivas hacen a los fines del Derecho del Trabajo, así como a su base valórica material, y por el carácter básico de *ratio decidendi* que se les otorga, es posible sostener en esta aproximación que, para la jurisprudencia de la CS, conceptualmente los principios jurídicos laborales son normas jurídicas que contienen el mandato (deber ser) de concretizar o aplicar los fines de la legislación laboral en sus diversas manifestaciones.

Por lo que respecta a la existencia de alguna especificación conceptual o concepción de los principios también subyacentes en el *corpus* jurisprudencial, estimamos plausible sustentar que se trata de una concepción compleja de los principios, que, en líneas gruesas, ha recogido la taxonomía de Américo Plá Rodríguez, mas no el concepto que dicho autor tiene de los principios (ya volveremos sobre esto).

Por otra parte, no hay que perder de vista en el contexto de estas consideraciones que la jurisprudencia, entendida como acto de aplicación jurisdiccional de derecho, no es un discurso teórico y/o explicativo de su propia práctica o de los fundamentos más generales que la conducen a adoptar ciertos conceptos y concepciones. Por esta razón es que evidentemente no encontraremos en ella una completa teoría de los principios que responda, paso a paso: qué son los principios y cómo se aplican. Esta tarea le corresponde a la teoría del derecho y también, desde otro plano, a la dogmática jurídica.

1.2.1.2.8.3. Conclusiones sobre el reconocimiento de los principios jurídicos laborales implícitos por la jurisprudencia de la Corte Suprema

La jurisprudencia de la CS reconoce la existencia de los principios jurídicos laborales, otorgándoles el carácter de norma jurídica con el poder de disciplinar directamente las relaciones jurídicas laborales, esto es, como fuente principal y no supletoria del Derecho del Trabajo. El reconocimiento y aplicación que hace la CS de los principios jurídicos nos permite concluir que les otorga validez y eficacia a ellos.

1.3. PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES IMPLÍCITOS RECONOCIDOS POR LA DOCTRINA

IUSLABORALISTA CHILENA

Stricto sensu, y adelantando en parte nuestras conclusiones sobre el rol de la doctrina *iustlaboralista* chilena en materia de principios, cabe señalar que en ella no se advierte una sistematización dogmática completa de los principios jurídicos laborales, es decir, no existe una identificación de estos como resultado de un proceso de inferencia desde las normas del derecho positivo del trabajo. Sí, en cambio, se advierte una cierta preocupación teórica que si bien no alcanza el nivel de una sistematización dogmática plena o de una conceptualización teórica sofisticada, por lo menos puede ser considerada como una ilustración teórica, que no ha marchado paralela al reconocimiento jurisprudencial previamente mostrado¹²⁸.

¹²⁸ No es mucho lo que se ha publicado. Para Palomo Vélez, se trata “sin duda de un tema pendiente en nuestra doctrina”, v. PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “Los Principios del Derecho del Trabajo. Cuestiones de la Teoría Tradicional y Planteamiento de Nuevos Problemas”, en: *Revista Laboral Chilena* 6 (147): 48, junio, 2006; “El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile, en: *Revista Laboral Chilena* 11 (161): 59, noviembre, 2007. Por su parte, Irureta Uriarte señala que “en la actualidad, no obstante, la discusión sobre los principios propios del derecho laboral ha decaído”, v. IRURETA URIARTE, Pedro. “El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, despreocupación doctrinaria chilena sobre el tema de los principios, puede advertirse en la revisión de un catálogo de artículos contenidos en “Publicaciones en Revistas Periódicas en las disciplinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Laboral”. El catálogo comprende publicaciones efectuadas desde 1990 a 2009. En total pudimos contabilizar alrededor de 730 artículos publicados. De ese total, no más de 7, si incluimos los de derecho procesal laboral, se enfocan en el tema de los principios jurídicos laborales, esto es, menos del 1% de los artículos, v. ROJAS MIÑO, Irene. “Publicaciones en Revistas Periódicas en las disciplinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Talca, Universidad de Talca, Cursos de Programa de Magíster, Facultad de Derecho, 2010. No existen libros dedicados monográficamente al tema de los principios jurídicos laborales en la doctrina *iustlaboralista* chilena. Sí existen, en cambio, capítulos de libros o menciones a ellos en manuales de la disciplina. Así por ejemplo: IRURETA URIARTE, Pedro. “El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 304; LANATA FUENZALIDA, Gabriela. “Contrato individual de Trabajo”. Santiago, LegalPublishing, 3ª edic. actualizada, 2009, pp. 546; GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Fundamentos de Derecho Laboral”. Santiago, LexisNexis, 2008, pp. 197; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales. Un Derecho Vivo”. Santiago, Editorial Universitaria, pp. 996; THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I, Introducción. De los autores individuales contemporáneos más prestigiado, en su “Introducción al Derecho del Trabajo”, no considera el análisis de los

□ 291. Otro indicado

□ 304;
□ edic.

□ I, Introducción. De

Porque, y como podremos advertir más adelante, el desarrollo teórico y dogmático (propriadamente científico) que la doctrina *iustlaboralista* chilena actual ha logrado alcanzar en materia de principios, no está a la par de la importancia jurisprudencial que estos tienen, y que ha sido y sigue siendo decisiva, para el desenvolvimiento jurídico laboral de la sociedad chilena.

Dicho lo anterior, y solo para los efectos de revisar la doctrina chilena, por consiguiente sin la pretensión de una demarcación definitiva, distinguiremos dos períodos: a) período de los fundadores del Derecho del Trabajo chileno como disciplina científica, y b) período de la doctrina contemporánea. Justificamos esta periodización en base a los siguientes antecedentes:

- a. Período de los fundadores del Derecho del Trabajo chileno como disciplina científica. El criterio distintivo de este *corpus* de autores es el hecho de haber escrito aquellos los primeros Tratados de Derecho del Trabajo u obras de similar talante o perspectiva de conjunto; así como también por haber ejercido originariamente la cátedra universitaria en las mismas áreas; o por haber sido activos precursores ilustrados de las normas laborales que vieron la luz en el Código del Trabajo de 1931 y que realizaron su vida académica principalmente durante el período social y político en que estuvo vigente el citado Código. Aclaremos que no pretendemos hacer una periodificación histórica precisa, solo una perspectiva. Las obras de estos autores, en general, comienzan a publicarse a partir de 1931, fecha de dictación y promulgación del primer Código del Trabajo chileno, y se editan hasta mediados de los años setenta. En adelante nos referiremos a ellos como “los fundadores”.
- b. Período de la doctrina contemporánea. Bajo esta denominación englobamos a todos los autores que han publicado tratados, manuales u obras monográficas de Derecho del Trabajo a partir de la publicación del “Manual de Derecho del Trabajo” (1979-1980), de William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, una de las obras más influyentes en el Derecho del Trabajo chileno y más citada por la Jurisprudencia de la CS y por la doctrina nacional en las últimas tres décadas.

principios jurídicos laborales, v. THAYER ARTEAGA, William. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic. actualizada, 1984.

También caracteriza a este conjunto de autores el que publican sus obras o desarrollan sus actividades doctrinales cuando el Código del Trabajo de 1931 ya ha sido derogado.

1.3.1. Los fundadores del Derecho del Trabajo chileno como disciplina científica

En las obras de estos autores no se advierte una especial preocupación dogmática por los principios jurídicos, no así por resaltar los fines protectores del Derecho del Trabajo y su función de regulación del conflicto social. Con esto queremos proponer la idea que, si bien es cierto que desarrollan una poderosa doctrina de fundamentación social del Derecho del Trabajo en su eminente función protectora de la persona del trabajador, no alcanzan a incluir en dicha fundamentación una sistematización teórica o dogmática de los principios.

Así por ejemplo Francisco Walker Linares¹²⁹ en su obra “Nociones elementales de Derecho del Trabajo”, incardina en unas pocas líneas a los principios generales del derecho, interpretados de una manera social, y a la equidad, como fuentes del Derecho del Trabajo¹³⁰.

En los trabajos de Moisés Poblete Troncoso,¹³¹ Luis Barriga Errázuriz¹³², Alfredo Gaete

¹²⁹ Fue Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile 1920-1974. Autor, entre otras, de las siguientes obras: WALKER LINARES, Francisco. “Introducción al Estudio del Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Seminario de Derecho Privado, N° 3, 1960; “Nociones elementales de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Nascimento, 1936. Formador de generaciones de *iuslaboralistas* chilenos y activo promotor de la disciplina.

¹³⁰ WALKER LINARES, Francisco. “Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Nascimento, 1936; “Nociones elementales de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Nascimento, 5ª edic., 1957, p. 13.

¹³¹ Redactor principal del proyecto de Código del Trabajo del Presidente Alessandri Palma, año 1921; Moisés Poblete Troncoso, abogado y sociólogo por vocación, es considerado el primer profesor de Derecho del Trabajo de Chile. Fue Director de la Oficina del Trabajo (antecedente de la actual Dirección del Trabajo). Entre otros cargos, fue Subsecretario del Ministerio del Trabajo recién fundado; Jefe del Grupo Latinoamericano de la Oficina Internacional del Trabajo de Ginebra. Entre sus obras destacan: “El movimiento obrero de la América Latina”, editado por el Fondo de Cultura Económica de México en 1915; “Legislación social de América Latina”, Ginebra, 1928-1929; “Ensayo de bibliografía social en los países hispanoamericanos”, Santiago, 1935; “Problemas sociales y económicos de la América Latina”, Santiago, Universidad de Chile, 1936; “El estándar de vida de las poblaciones de América”, Santiago, Universidad de Chile, 1942; “Evolución del Derecho Social en América” (1942); “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Chile”, Editorial jurídica de Chile, en 1949; publicó en inglés, Nueva York, “The rise of the Latin American Labor Movement”, New Haven, Connec., College & University Press & Publishers, 1962.

¹³² Fue Director del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Bajo la dirección de él y de Alfredo Gaete Berríos, y con la colaboración de Juan Tapia C., Héctor Humeres M., Ismael Edwards I. y Jorge Edwards G., se publicó en 1939 el que podríamos considerar, primer (y hasta la fecha quizás único) Tratado de Derecho del Trabajo chileno escrito en forma colectiva, v. BARRIGA ERRÁZURIZ, Luis y GAETE BERRÍOS, Alfredo (Dirección). Colaboradores Juan Tapia C., Héctor Humeres M., Ismael Edwards I. y Jorge Edwards G. “Derecho del Trabajo”. Santiago, impreso en los talleres de la Imprenta y Litografía Leblanc Stanley y Urzúa, 1939. Desde el Seminario de Derecho Privado de nuestra Facultad, contribuyó al desarrollo como disciplina científica del Derecho del Trabajo.

Berríos¹³³ y Héctor Escribar Mandiola¹³⁴, también se observan fundamentaciones jurídicas y sociológicas del Derecho del Trabajo chileno, pero no el paso jurídico sistemático siguiente encaminado hacia su abstracción y organización normativa también en principios.

El término principio más que entenderse como norma jurídica, se le comprende como fundamento y fin de la disciplina. Un buen ejemplo de esta aproximación al tema puede distinguirse en una obra de Alfredo Gaete Berríos. En efecto, publicó el profesor Gaete en 1951 una obra denominada “Principios Generales de Derecho del Trabajo”¹³⁵, en la cual se presenta una introducción a los fundamentos conceptuales del Derecho del Trabajo, pero no una exposición de los principios jurídicos laborales en el sentido de norma jurídica.

Entre otras materias, en el citado libro, el profesor Gaete analiza el espíritu del Derecho del Trabajo y hace algunas referencias muy generales a la equidad como mecanismo de integración del derecho positivo en los casos no previstos por la ley, en función del artículo 540 del Código de Procedimiento Civil. El profesor Gaete expresa: “5°. Los principios legales o de equidad en que se funde el fallo”.

Pero aparte de dicha mención, en la citada obra no se desarrolla una sistematización de los principios, así como tampoco se presenta una visión general de los mismos.

Posteriormente en su Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, no se observa un desarrollo sistemático del tema. Sin embargo, en el capítulo II, “Las Fuentes y la Interpretación del Derecho del Trabajo”, reiterando en breves líneas la importancia de la equidad, hace una acotada, pero muy decisiva y precursora referencia al principio de rendimiento en la cultura jurídica laboral chilena, citando para tales efectos al ilustre iuslaboralista español Eugenio Pérez

¹³³ Ha sido quizás uno de los iuslaboralistas chilenos más prolíficos y sistemáticos. Inició su carrera académica el día 10 de mayo de 1935, fecha en la cual fue nombrado profesor agregado al seminario de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Entre las muchas otras obras que escribió, destacamos “Tratado de Derecho del Trabajo Chileno”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970; “Tratado del derecho de la seguridad social chilena”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970; “Tratado del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967; “Código del Trabajo. Anotado y concordado con jurisprudencia judicial y administrativa”, Santiago, Ediciones Ercilla, 1939.

¹³⁴ Fue profesor de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección General del Trabajo y Director, del mismo organismo. Entre otras obras, destacamos: ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor. “Tratado de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editora Zig-Zag S.A., 1944.

¹³⁵ GAETE BERRÍOS, Alfredo. “Principios Generales de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951.

Botija¹³⁶. Este antecedente resulta muy interesante porque, como veremos más adelante en el capítulo IV de esta tesis, el principio de protección a la fuente del empleo cuya existencia postulamos, reconoce en el principio de rendimiento uno de sus antecedentes doctrinales en el derecho comparado del trabajo.

En las obras de los otros autores fundacionales que hemos identificado, tampoco se advierte una sistematización de los principios, menciones especiales o desarrollos teóricos, salvo las referencias a la irrenunciabilidad de los derechos laborales, pero no por ser considerada principio, sino regla; regla que se encontraba dispuesta en el artículo 575 del Código del Trabajo de 1931, en los siguientes términos: “Los derechos otorgados por las Leyes del Trabajo son irrenunciables”.

Finalmente, y como último antecedente considerado en esta subsección, que ha tenido por objeto revisar las doctrinas principales de los fundadores, hacemos presente que revisada la primera parte de la Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, período 1903 (fecha de su fundación) y hasta 2006, tampoco se publicaron estudios sistemáticos sobre los principios jurídicos laborales. Sí, en cambio, debe consignarse que en 1949 se publica un trabajo del profesor Alfredo Gaete Berríos sobre “El principio de la libertad sindical y la legislación social”¹³⁷. En dicho trabajo el profesor Gaete no llega a formular una comprensión teórica de los principios o a proponer un concepto sobre estos. Más bien se limita a destacar en qué consiste la libertad sindical y a analizar y confrontar si esta realmente se aplica en nuestro país, llegando a la conclusión que aquella es vulnerada íntegramente por la Ley N° 8.987 (“Defensa Permanente de

1.3.2. La doctrina contemporánea

Rasgo distintivo de la doctrina contemporánea, a diferencia de la fundacional, es que en los escritos de sus autores se comienza a postular con cierta vocación sistemática que el Derecho del Trabajo reconoce el principio de protección y/o *pro operario*, discutiendo

¹³⁶ GAETE BERRÍOS, Alfredo. “Tratado de Derecho del Trabajo chileno. Tomo I”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, p. 37. Mantendrá la referencia al principio de rendimiento, también en: GAETE BERRÍOS, Alfredo. “Tratado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Tomo I”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, p. 55.

¹³⁷ GAETE BERRÍOS, Alfredo. “El principio de la libertad sindical”, en: RDJ, XLVI, marzo/abril, 1949, Núms. 44.y 2, pp. 27

explícitamente el lugar que ocupa dentro de las fuentes del Derecho del Trabajo. También se comienzan a distinguir varios principios jurídicos laborales. En esta etapa se habla derechamente de principios jurídicos laborales como una pieza más del Derecho del Trabajo, aunque sin establecer una clara diferenciación con la idea de pilares o fundamentos del Derecho del Trabajo, que es la concepción con la cual básicamente analiza el tema la doctrina de los fundadores.

Así es como William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida señalan que el principio *pro operario* “es el que tuvo en cuenta el legislador para dictar una norma laboral (no el principio *in dubio pro operario*) y es el que informa a todo el Derecho del Trabajo”¹³⁸. Sin embargo, rechazando la concepción clasista del Derecho del Trabajo que solo lo concibe como protector del trabajador, matizan su posición cuando, a propósito de los principios jurídicos laborales, afirman en otro volumen que les “ha parecido preferible enfocar el asunto desde otra perspectiva. Opinamos que lo distintivo de la legislación laboral ha sido defender para el empleo, o sea, para la ocupación que se desempeña bajo vínculo de subordinación que origina el contrato de trabajo ciertas características, a saber: que sea legítimo, sano, adecuado, determinado, remunerativo, formativo, libre, estable, digno, participativo y grato”¹³⁹.

Como ya adelantáramos, a diferencia de la etapa de los fundadores, en la etapa de la doctrina contemporánea, los principios jurídicos laborales, temáticamente hablando, han comenzado a ser motivo de cierta preocupación teórica, en términos tales que es posible afirmar que en todas las obras generales que se han escrito, se les dedica un capítulo o una sección, de mayor o menor tamaño, profundidad, densidad, porosidad o relieve, dependiendo de cada autor. Sin embargo no se advierte en dichos aportes un tratamiento sistemático completo, en el cual se infiera inductiva o deductivamente desde el derecho positivo del trabajo chileno, un concepto o una concepción de principios jurídicos laborales, así como tipologías o una perspectiva sistemática de sus funciones jurídicas positivas. Más bien se comprueba la existencia de descripciones generales que, básicamente, giran en torno a la taxonomía y propuesta teórica que, en 1975, Américo Plá Rodríguez, ilustre *iustlaboralista* uruguayo, en su fundamental obra “Los Principios del Derecho del Trabajo”¹⁴⁰, introdujera en

¹³⁸ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo 2”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., 1993, p. 76.

¹³⁹ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo 2”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., 1993, p. 76.

¹⁴⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones

el campo jurídico laboral hispanoamericano.

Como es sabido, Plá Rodríguez propone originalmente la siguiente taxonomía de los principios jurídicos laborales: 1) principio protector, el cual subdivide en tres: a) *in dubio pro operario*; b) regla de la aplicación de la norma más favorable; y, regla de la condición más beneficiosa; 2) principio de la relación laboral; 3) principio de la primacía de la razonabilidad, y 6) principio de la buena fe

La taxonomía está construida bajo el entendido de que los principios son “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico-laboral”¹⁴² que cumplen una triple función: informadora (inspiran al legislador), normativa (fuente supletoria e integración) e interpretativa (orientar al Juez y al intérprete)¹⁴³.

En un escrito posterior, Plá Rodríguez refina más su pensamiento y, respondiendo la pregunta acerca de si los principios laborales constituyen fuente del derecho, responde negativamente, y precisa “que la única función de carácter normativo lo constituye el operar como fuente supletoria en caso de laguna de ley. Y esa función la cumple no por ser principio sino por constituir una expresión de la doctrina. A nuestro juicio, los principios de Derecho del Trabajo están situados en otro plano, diferente de aquel donde se hallan las fuentes”. Específicamente, los sitúa en el plano de las doctrinas más recibidas y de la jurisprudencia, concluyendo que, en definitiva, más que una fuente, los principios son emanaciones de las otras fuentes del derecho, desde luego, “de la legislación, porque resultan de una sistematización de muchas normas”¹⁴⁴.

Con variaciones, matices y justificadas perspectivas diferenciadoras, pero que con un

Depalma, 2ª edic. actualizada, 1990.

¹⁴¹ En la última edición de su obra agregó otros principios, entre ellos, el de no discriminación. V. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edic., 1998.

¹⁴² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edic. actualizada, 1990, p. 8.

¹⁴³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edic. actualizada, 1990, p. 11.

¹⁴⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo ¿constituyen una fuente del derecho?”, en: “Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo”. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 15 y 17.

cierto parecido de familia, por usar un término conocido de Wittgenstein¹⁴⁵, siguiendo de una u otra forma la antedicha aproximación a los principios, entre otros autores del período que se han referido al tema, entre ellos, Irureta Uriarte¹⁴⁶, Lanata Fuenzalida¹⁴⁷, Gamonal Contreras¹⁴⁸, Palomo Vélez¹⁴⁹ y Walker Errázuriz¹⁵⁰, proponen entender los principios como ideas directrices o fundamentales que inspiran e informan, directa o indirectamente el Derecho del Trabajo¹⁵¹, asignándoles funciones interpretativas o integradoras, y no las propias de las normas jurídicas principales o completas, con poder de disciplinar directamente una zona de las relaciones jurídicas laborales, esto es, como fuente principal y no supletoria del derecho.

No nos quedan claros algunos planteamientos de Gamonal Contreras, quien en una primera aproximación al tema señaló que los principios cumplían una función inspiradora o informadora del Derecho del Trabajo, indicando que “es indudable que los principios de derecho laboral deben orientar al juez respecto de la equidad destinada” a llenar vacíos legales¹⁵².

¹⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigaciones filosóficas”. Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM Editorial Crítica, 4ª edición, traducción Al...
93. A propósito de los juegos de lenguaje, dice: “Vemos una complicada red de parecidos que se superponen y entrecruzan. Parecidos a gran escala y de detalle. 67. No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión ‘parecidos de familia’; pues así es como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamentos, etc. Y diré: los juegos componen una familia”, v. WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigaciones filosóficas”, *op. cit.*, p. 897

¹⁴⁶ IRURETA URIARTE, Pedro. “El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo”, *en*: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl, y COLOMA, Rodrigo (coordinadores). “Principios Jurídicos. Análisis y Crítica”. Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters, 2011, pp. 329

¹⁴⁷ LANATA FUENZALIDA, Gabriela. “Contrato Individual de Trabajo”. Santiago, LegalPublishing, 3ª edición, 1992, pp. 46

¹⁴⁸ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Cono Sur, 1998, pp. 140

¹⁴⁹ PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “Los principios del Derecho del Trabajo. Cuestiones de la Teoría Tradicional y Planteamiento de Nuevos Problemas”. *En: Revista Laboral Chilena* (147) 6-2006, junio, pp. 58 Este mismo autor, en un trabajo posterior, desarrollando la taxonomía funcional de los principios que hiciera Fernando de Castro, se inclina por destacar la función interpretativa de los principios, v. PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile”. *En: Revista Laboral Chilena* (161) 11-2007, noviembre de 2007, p. 65.

¹⁵⁰ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales”. Santiago, Editorial Universitaria, 2003, pp. 96

¹⁵¹ PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “Los Principios del Derecho del Trabajo. Cuestiones de la Teoría Tradicional y Planteamiento de Nuevos Problemas”. *En: Revista Laboral Chilena* (147) 6-2006, junio, p. 55.

¹⁵² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Cono Sur, 1998, p. 131.

Con posterioridad ha variado su posición restándole claridad a su pensamiento. En efecto, siguiendo a Guastini, dice que “para efectos de claridad explicativa” primeramente identifica a “los principios del Derecho del Trabajo como aquellos que informan una disciplina jurídica concreta: el Derecho del Trabajo”¹⁵³ (el subrayado en nuestro), asignándoles una función interpretativa y de integración. Pero acto seguido, señala que “no estimamos que cumplan una función informadora, de inspiración del legislador, como ha postulado la doctrina mayoritaria y sostuvimos ya hace varios años (PLÁ, 1998:22 y GAMONAL, 1998:128), ya que el legislador podría perfectamente cambiar de orientación hacia un sistema de protección distinto. Por otro lado, un sistema que no protegiera a los trabajadores carecería de legitimidad, por eso la función informadora cumpliría un rol más moral que jurídico”¹⁵⁴.

A nuestro juicio se incurriría en una contradicción porque si se adhiere a Guastini (“para efectos de claridad expositiva”, como se enfatiza), y por ello se afirma que los principios informan una disciplina jurídica concreta; y luego, unas líneas más adelante, se afirma que estos no cumplen una función informadora, está afirmando dos cosas que no pueden ser verdaderas al mismo tiempo, ergo, vulneraría el principio lógico de no contradicción, salvo que se ofreciera una justificación razonable que nos permitiere comprender que del enunciado (idea) “informar una disciplina jurídica concreta” no se sigue necesariamente que los principios “cumplen una función informadora”. Pero dado que tal argumento no se presenta, entonces, dichos pasajes oscurecen la comprensión. Sin perjuicio de señalar que, por lo demás, no nos queda claro que Guastini ponga el énfasis de sus reflexiones sobre principios en el carácter informativo de estos. Nos parece que su enfoque de los principios es más comprensivo, e incluye muchos factores (interpretación, integración, también como fuente de producción del derecho)¹⁵⁵.

Por otra parte, para Gamonal Contreras los principios jurídicos laborales se reducen a dos: protección y libertad sindical¹⁵⁶. Esta concepción de un Derecho del Trabajo compuesto

¹⁵³ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Fundamentos de derecho laboral”. Santiago, LexisNexis, 2008, p. 103.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 103.

¹⁵⁵ GUASTINI, Riccardo. “Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho”. Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, pp. 172.

¹⁵⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Fundamentos de derecho laboral”, *op. cit.*, p. 104.

por estos dos principios, debe ser reconocido, ya estaba plenamente configurada en la obra de William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida¹⁵⁷.

1.3.3. Valoración y crítica de la doctrina chilena sobre principios jurídicos laborales

La doctrina de los fundadores ha tenido el indudable mérito de sentar las bases teóricas para la comprensión general del Derecho del Trabajo. Sin embargo su desarrollo teórico no ha sido suficiente como para presentar una teoría más compleja de los principios jurídico-laborales.

Cada generación aborda los problemas y dilemas que su tiempo histórico les permite. Sobre el tema debe tenerse presente que los principios jurídicos en general y los laborales, en particular, al menos en nuestro país, han sido motivo de preocupación teórica recién en las últimas décadas. La deuda que las actuales generaciones de *iustlaboralistas* (así como la del país, en general), mantiene hacia los fundadores es trascendental, pues en una sociedad marcadamente civilista y conservadora, fueron capaces de introducir la perspectiva social del derecho.

Para la doctrina de los fundadores los principios son los pilares o fundamentos de justicia social que las normas jurídicas laborales objetivizan. No existe una comprensión de estos como normas jurídicas, sino que como fundamento material de la norma jurídica. Por consiguiente, su concepción de los principios está más próxima al universo conceptual de lo que comúnmente entendemos por fuentes materiales del derecho, toda vez que asocia los principios a la idea de elementos informadores o inspiradores de la norma jurídica laboral. Se trata, además, de una concepción que marcha paralela y en sintonía con la doctrina jurisprudencial del período 1903-1980.

Aun cuando utiliza el término principio jurídico laboral y distingue varios de ellos, el estado actual de la doctrina *iustlaboralista* no ha evolucionado hacia una concepción radicalmente diversa de la alcanzada por la doctrina fundacional. Porque en efecto, muestra una concepción de los principios jurídicos laborales más cercana a su comprensión como fuentes materiales del Derecho del Trabajo, esto es, como la determinada orientación

¹⁵⁷ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. "Manual de Derecho del Trabajo. Sindicatos y negociación colectiva. Los convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 2008; "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 3ª reimp., 1993.

jurídica-política que influye en la producción de las normas jurídicas laborales. Por esta razón, es que muchos autores, usando diversas expresiones, definen los principios jurídicos laborales como conjunto de ideas informadoras del Derecho del Trabajo. Puesto que lo informan, es que entonces le dan contenido asignándoles fines y funciones. Luego, los principios jurídicos laborales, y dado que informan el Derecho del Trabajo, han de tenerse presente tanto en la integración como en la interpretación de la norma jurídica laboral. Esta concepción suele resumirse diciendo que los principios cumplen una triple función, a saber: informadora, integradora e interpretativa. Bajo esta concepción, y como es posible de advertirlo por ejemplo en Palomo Vélez, los principios no son considerados fuentes formales del derecho (“como derecho objetivo en la resolución de conflictos laborales”¹⁵⁸), salvo en casos de integración de la ley, y como fuentes supletorias que podrían ser reconducidas a la norma del artículo 24 del Código general de la legislación¹⁵⁹.

La doctrina iuslaboralista chilena en materia de principios no ha sistematizado dogmáticamente los principios jurídicos laborales en el Derecho del Trabajo positivo chileno. Existiendo un variado, complejo y numeroso repertorio de aplicaciones jurisprudenciales de estos, en donde han sido utilizados directamente como normas *decisoria litis* o como *ratio decidendi*, la ausencia de una explicación sistemática y dogmática de los mismos, es un notorio déficit teórico de la doctrina.

En esta perspectiva, puede observarse que, a diferencia de la doctrina fundacional en materia de concepción de principios, que siempre estuvo acoplada a la doctrina jurisprudencial de su período, la doctrina contemporánea marcha desacoplada, no habiendo proporcionado hasta la fecha, una explicación dogmática sobre la aplicación sistemática que la CS hace de los principios jurídicos laborales.

Con todo, debe ser reconocido que en la doctrina actual existen esfuerzos de algunos autores en orden a incorporar al debate laboral, las más recientes reflexiones generales sobre teoría de los principios en perspectiva jurídica laboral, cuestión que ciertamente contribuye a

¹⁵⁸ PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. “El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile”. En: Revista Laboral Chilena (161) 11-2007, noviembre de 2007, p. 64.

¹⁵⁹ Así en general, SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “Introducción al Derecho”, *op. cit.*, p. 588, 591-592, 679-682.

preparar el terreno para su sistematización¹⁶⁰.

En síntesis la doctrina *iuslaboralista* actual reconoce la existencia de los principios jurídicos laborales, asignándoles básicamente tres funciones: a) informativa, b) integración de la ley, como normativa supletoria, y c) una función interpretativa de la ley. Les reconoce validez, porque los considera parte del ordenamiento jurídico laboral, ya que sea porque los distingue explícitamente en sus enunciados o porque los infiere de ellos¹⁶¹. Y por cierto que asume la eficacia de los principios por las funciones integrativas e interpretativas que les reconoce.

1.4. CONCLUSIONES DEL SUBCAPÍTULO II

Los principios jurídicos laborales se encuentran plenamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral chileno puesto que: a) constan expresa o implícitamente en los enunciados normativos de aquel, b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de *obiter dicta*, *ratio decidendi* o norma *decisoria litis*, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden en algún nivel del sistema de fuentes.

La circunstancia de que los principios jurídicos laborales, en el discurso de aplicación jurisdiccional, ocupen el rol de *ratio decidendi* o norma *decisoria litis*, importa que estos operan como fuente principal, y no supletoria del Derecho del Trabajo, puesto que no se les aplica como mecanismo integrativo por causa de lagunas legales u otros fenómenos de incompletitud del derecho.

Por el lado de la doctrina puede concluirse que esta básicamente los reconoce como entes informadores de la legislación laboral, que cumplen funciones de integración e interpretación de la ley. Además el reconocimiento que hace la doctrina es complejo, pues distingue la presencia de varios principios jurídicos laborales, orientándose a grandes rasgos, por la taxonomía de Plá Rodríguez. Sin embargo no ha elaborado un discurso teórico que explique su naturaleza a la luz de los avances jurisprudenciales que los considera normas jurídicas principales, como tampoco ha propuesto una reconstrucción dogmática de los

¹⁶⁰ Un aporte en tal sentido: MELIS VALENCIA, Christian. “Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”. Santiago, LegalPublishing-AbeledoPerrot, 2009. Especialmente el capítulo IV.

¹⁶¹ Por ejemplo: GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Fundamentos de Derecho Laboral”, *op. cit.*, □103.

mismos, aunque debe admitirse un esfuerzo parcial en tal sentido por parte de Gamonal Contreras¹⁶².

En el subcapítulo que sigue, y a partir de las referencias conceptuales que se han podido abstraer de la jurisprudencia, se propondrá una comprensión teórica de los principios jurídicos laborales presentes en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

III. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

Uno de los temas más debatidos en la Teoría del Derecho de las últimas décadas es, sin duda, el de los principios jurídicos¹⁶³. Producto de estos debates se han formulado en las últimas décadas importantes esfuerzos críticos, destacando entre otros aportes y sin la pretensión de mostrar un listado exhaustivo, los de Atienza y Ruiz Manero¹⁶⁴, Carrió¹⁶⁵, Guastini¹⁶⁶, García Figueroa¹⁶⁷, Prieto Sanchís¹⁶⁸, Moreso¹⁶⁹, Peczenick¹⁷⁰, Wroblewski¹⁷¹ y, por supuesto, Robert Alexy¹⁷², jurista

¹⁶² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Fundamentos de derecho laboral”. Santiago, LexisNexis, 2008, pp. 197.

¹⁶³ Los principios, como dicen Atienza y Ruiz Manero, son viejos conocidos de los juristas. La noción de ellos es posible de remontar hasta el derecho romano, en la figura de las *regulae iuris*. Nosotros hemos descartado hacer una reconstrucción histórica de la noción principio jurídico. Con todo, valga hacer presente que con anterioridad a la embestida de Dworkin contra Hart, en el curso del siglo XX ya Norberto Bobbio, Joseph Esser (“Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho”, Barcelona, Bosh, traducción Ediaro Valentí Fiol, 1961), Giorgio del Vecchio (“Los principios generales del Derecho”, Barcelona, Bosh, traducción y apéndice de Juan Osorio Morales, 1979), Federico de Castro y Bravo (“Los principios generales del Derecho”, en: “Derecho Civil de España”, capítulo IV, Madrid, Civitas, pp. 485 1984) y Eduardo García de Enterría (“Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, en: Revista de Administración Pública, N° 40, 1963. Y más recientemente: “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”. Madrid. Civitas, 1984) habían dedicado notables reflexiones al tema de los principios.

¹⁶⁴ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados normativos”. Barcelona, Ariel, 2ª edic., 4ª reimp., 2007.

¹⁶⁵ CARRIÓ, Genaro. “Notas sobre derecho y lenguaje”. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.

¹⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. “Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho”. Barcelona, Gedisa, 1999.

¹⁶⁷ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. “Principios y positivismo jurídico”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

¹⁶⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Sobre principios y reglas. Problemas de razonamiento jurídico”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

¹⁶⁹ MORESO, Juan José. “El encaje de las piezas del derecho. Parte I y II”. Isonomía (14-15), abril-octubre, 2001.

¹⁷⁰ PECZENIK, Aleksander. “Principles of Law. The Search for Legal Theory”. Rechtstheorie (2): 17-36, 1971; “Dimensiones morales del derecho”. Doxa (8): 89-109, 1990; “Los principios jurídicos según Atienza y Juan Ruiz Manero”. Doxa (12): 327-331, 1992.

al cual le dedicaremos especial atención cuando adoptemos nuestra perspectiva teórica explicativa de los principios.

Como ha sido recordado muchas veces, el debate contemporáneo sobre los principios jurídicos se inicia en 1967 con la publicación de Ronald Dworkin de su famoso ensayo “*The model of rules*”¹⁷³, escrito con el cual emprende su cruzada en contra del positivismo jurídico encarnado “en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. Hart (...) debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart”¹⁷⁴.

En síntesis, la discusión teórica ha girado en torno al poder normativo de estos y a su rol en el razonamiento práctico jurídico, cuestión que ha implicado preguntarse por la estructura, función y fines de los principios en el ordenamiento jurídico, provocando, en definitiva, una reflexión general sobre el concepto de Derecho, imposible de abordar en esta tesis.

Para los fines de esta investigación no resulta necesario revisar la discusión sobre las diversas conceptualizaciones que, sobre los principios, se han realizado. Sí, en cambio, resulta un paso necesario, justificar qué teoría permite explicar mejor la comprensión de los principios en el ordenamiento jurídico laboral chileno, cuestión que no implica tener que revisar todas las presentaciones que sobre principios se han venido formulando.

Pues bien, hasta el momento hemos justificado que para la jurisprudencia de la CS, conceptualmente los principios jurídicos laborales son normas jurídicas que contienen el mandato de concretizar o aplicar los fines de la legislación laboral en sus diversas manifestaciones. Su concepción es compleja, porque concibe el ordenamiento jurídico laboral compuesto no por uno, sino que por varios principios, explicados taxonómicamente, en parte,

¹⁷¹ WROBLEWSKI, Jerzy. “Sentido y hecho en el derecho”. San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

¹⁷² ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, traducción Carlos Bernal Pulido, 2007.

¹⁷³ Publicado originariamente en *35 University of Chicago Law Review*, 14 (1967). Posteriormente incluido como un capítulo en “*Taking Rights Seriously*” (Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977).

¹⁷⁴ DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”. Barcelona, Ediciones Ariel Derecho, 1ª edición, traducción Marta Guastavino, 2010, p. 65.

edic., 8ª reimp.,

con los aportes del *iuslaboralista* uruguayo Américo Plá Rodríguez. Sin embargo, dado que para nuestra jurisprudencia los principios son norma jurídica y fuente principal del Derecho del Trabajo, su concepción toma distancia de la de Plá Rodríguez, pues, como es sabido, este autor no los concibe como fuente formal o norma jurídica principal.

Un aspecto importante de nuestra tesis sostiene que la conceptualización jurisprudencial de los principios expuesta puede ser explicada correctamente y enriquecida, mejorando con ello su aplicación y aportando niveles cada vez mayores de seguridad al ordenamiento, con la teoría de los principios de Robert Alexy, a la fecha, una de las teorías más sofisticadas y completas sobre la materia.

A continuación justificaremos estas ideas y como resultado de este proceso, y siempre privilegiando el enfoque dogmático de nuestra tesis postularemos un concepto abstracto de principio jurídico laboral, herramienta teórica esencial para poder distinguir el principio jurídico laboral de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno¹⁷⁵.

1. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy desarrolla su conceptualización sobre reglas y principios como pilar argumentativo decisivo de su teoría de los derechos fundamentales que, siendo una teoría jurídica general, se enmarca sin embargo en un contexto práctico, que es el de la aplicación de la Ley Fundamental de Alemania, en especial por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que es identificada, sistematizada y explicada desde un punto de vista dogmático, contribuyendo a su comprensión¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Hacemos presente que no somos los primeros en proponer una comprensión de los principios jurídicos laborales a partir de la teoría de Alexy. En la doctrina *iuslaboralista* comparada más reciente, ha sido Antonio Martín Valverde quien ha teorizado sobre estas materias testimoniando su cercanía con la concepción de reglas y principios de Alexy. Al respecto dice el *iuslaboralista* español: “La concepción del ordenamiento jurídico como una combinación (en distintas dosis según sectores o ramas del derecho) de reglas y principios permite alcanzar, de acuerdo de nuevo con la tesis de ALEXY, mejores resultados en la armonización de los valores de justicia y seguridad que deben regir la vida social. Este modelo mixto es el que inspira la definición estructural acogida”, v. MARTÍN VALVERDE, Antonio. “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”. En: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores). “Los principios del Derecho del Trabajo”. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, p. □49.

¹⁷⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. “Estudio introductorio”, en: ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, traducción y Bernal Pulido, 2007, p. XXVIII.

La circunstancia que la conceptualización de reglas y principios de Alexy haya sido elaborada en el contexto de una teoría de los derechos fundamentales, no implica que esta no pueda ser utilizada para explicar la naturaleza de las reglas y principios en otras zonas del ordenamiento jurídico, toda vez que los derechos fundamentales son normas jurídicas y, en tal sentido, comparten las características más generales de toda clase de normas jurídicas. La teoría de las normas jurídicas en la cual se sostiene la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, es, pues, una teoría general. Por esta razón no existe impedimento lógico jurídico para aplicarla en la explicación de las normas jurídicas pertenecientes a otros sectores del ordenamiento jurídico.

1.1. Concepto y concepción de norma jurídica

El punto de partida de Alexy lo constituye el concepto semántico de norma que permite distinguir entre norma y enunciado normativo¹⁷⁷. Así, por ejemplo, el enunciado normativo “ningún alemán puede ser extraditado al extranjero”, expresa la norma según la cual está prohibida la extradición de alemanes al extranjero. “Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo”¹⁷⁸.

En efecto, la circunstancia que una misma norma pueda ser expresada por medio de diferentes enunciados normativos, justifica la distinción entre norma y enunciado normativo. Por otra parte, también debe tenerse presente que hay normas que pueden ser expresadas sin recurrir a enunciados normativos, por ejemplo, por medio de señales. Esto prueba que el concepto de norma es un concepto primario, en relación con el de enunciado normativo. “Por ello, no es aconsejable buscar los criterios de identificación de las normas en el nivel del enunciado normativo, sino en el de la norma. Un criterio semejante puede formularse con la ayuda de las modalidades deónticas (...) básicas del mandato, la prohibición y el permiso”¹⁷⁹.

El concepto semántico de norma resulta muy adecuado para una teoría dogmática de los principios. En efecto, dado que una característica de los principios es su amorfismo, la indeterminación de los supuestos fácticos que condicionan su aplicación, o la

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, traducción y edición de Agustín SQUELLA, *op. cit.*, p. 774.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 33.

desformalización (si los comparamos con las reglas), parece más razonable entonces buscar su sentido normativo o formulación, en el significado del conjunto de enunciados normativos desde los cuales se pueden inferir, y no circunscribir su fisonomía o estructura en un enunciado normativo en particular. Visto el asunto desde una perspectiva lingüística elemental, la teoría semántica de la norma concentra su atención en los significados, más que en los significantes.

1.2. Reglas y principios

Tanto reglas y principios son normas porque establecen lo que es debido, pudiendo ser formulados mediante los operadores deónticos básicos del mandato, el permiso y la prohibición¹⁸⁰. Los principios, al igual que las reglas, dice Alexy, “son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es entonces una distinción entre dos tipos de normas”¹⁸¹.

Existen numerosos criterios para distinguir entre reglas y principios¹⁸². Después de revisar críticamente los diversos criterios que se han propuesto para establecer la distinción, Alexy llega a la conclusión que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino que también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestas”¹⁸³.

En cambio, puntualiza Alexy, “las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 664

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 65.

¹⁸² El de la generalidad es el más frecuente. Según este criterio, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, de un nivel relativamente bajo. Otro criterio que nos parece interesante destacar, y que ha sido propuesto por Atienza y Ruiz Manero, señala que la diferencia “estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen en forma cerrada”, v. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del derecho”, *op. cit.*, 31. Con ello se qui

¹⁸³ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 667

menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”¹⁸⁴.

Perfilando los contornos jurídicos de la distinción, se puede entonces afirmar que los principios no contienen mandatos definitivos sino solo *prima facie*, ya que estos presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. Otra importante característica que se desprende es que los principios no determinan cómo ha de resolverse la relación entre una razón y las que se le oponen. “Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”¹⁸⁵. Ya veremos luego que esta particular forma de ser de los principios, determina la forma de resolución de sus colisiones que, a su vez, los configura y delimita en el caso concreto¹⁸⁶.

Las reglas, según comúnmente se observa, poseen una estructura condicional consistente en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Si el supuesto de hecho se da, el Juez debe aplicar la regla en forma completa. Al respecto, fundamenta Alexy que “las reglas exigen que se hagan exactamente lo que en ellas se ordena, pues contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces lo que establece la regla tiene validez definitiva”¹⁸⁷.

Los principios, pues, son siempre razones *prima facie* y las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son mandatos definitivos. Las excepciones al carácter definitivo de las reglas pueden estar establecidas por otras reglas o por principios.

Todo esto lleva a Alexy a postular que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado¹⁸⁸, o no puramente lógica, como postula Dworkin¹⁸⁹.

¹⁸⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, □68.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, □80.

¹⁸⁶ A modo de contrapunto, consideramos oportuno señalar que, para Atienza y Ruiz Manero, el concepto de los principios como mandato de optimización, resulta adecuado para definir la idea de directriz, y no la de principio en sentido estricto. Estos se caracterizan porque correlacionan casos genéricos e indeterminados con ciertas consecuencias jurídicas. Las directrices, en cambio, configuran en forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito, v. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Las piezas del derecho”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, □80.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. □68.

1.3. Conflictos de reglas y colisión de principios

Los conflictos entre reglas solo pueden solucionarse, afirma Alexy, “mediante la introducción en una de ellas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida” por criterios de jerarquía, posterioridad o especialidad¹⁹⁰. Lo relevante, en todo caso, para dirimir el conflicto, es que este siempre se plantea en el plano de la validez, es decir, el criterio para resolver el conflicto es cuál de las dos reglas tiene vigencia y/o validez. Determinada la norma vigente, y habiéndose cumplido la condición fáctica que prevé, debe entonces aplicarse mediante la correspondiente subsunción.

Con los principios no ocurre lo mismo. Las colisiones entre ellos no se resuelven mediante la declaración de invalidez de uno de los principios o mediante la introducción de una cláusula de excepción en uno de ellos. En casos de colisión de principios, uno de ellos debe ceder ante el otro, uno de ellos precede al otro y prima, porque solo en el caso específico tiene más peso. El procedimiento a través del cual se determina la precedencia entre los principios se llama ponderación.

La ponderación, como su nombre lo sugiere, consistirá en sopesar, considerar y poner en la balanza los diversos argumentos que permiten racionalmente preterir un principio en función de otro. La ponderación entrega como resultado normativo una regla que establece la relación de precedencia. Por esta razón, la ponderación no elimina absolutamente la subsunción, puesto “que contribuye a crear la regla o premisa mayor que la hace posible”¹⁹¹.

En síntesis, “los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios –como quiera que solo pueden entrar en colisión principios válidos– tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”¹⁹².

1.3.1. Ponderación y principio de proporcionalidad¹⁹³

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”, *op. cit.*, p. 74.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 194.

¹⁹² ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹³ No puede omitirse el importante rol que le ha cabido a la Dirección del Trabajo en la introducción de la

Hemos visto que para Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de su espectro de posibilidades jurídicas y fácticas.

La colisión de principios se resuelve mediante una ponderación destinada a establecer una relación de precedencia condicionada entre aquellos¹⁹⁴. La ponderación deriva del principio de proporcionalidad que se compone de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Los subprincipios de necesidad y de idoneidad derivan del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas¹⁹⁵.

La idea es la siguiente: si de lo que trata es determinar la medida permitida de no satisfacción o afectación de uno de los principios en base al grado de importancia de la satisfacción del otro, entonces la máxima de la ponderación requiere fijar “la idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad”¹⁹⁶.

Vale decir, si la medida no es adecuada o idónea para realizar los efectos prescritos en

ponderación y del principio de proporcionalidad como métodos de resolución de colisiones entre derechos fundamentales en el ámbito laboral. Para una aproximación al tema desde el Derecho del Trabajo, v. MELIS VALENCIA, Christian. “Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”. Santiago, LegalPublishing/AbeledoPerrot, 2009. En particular pp. 763 en las cuales revisa algunos hitos en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo sobre la materia. Para una revisión de la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional chileno, v. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM/CECOCH/Librotecnia, 2010, pp. 4069 Según Nogueira Alcalá, el TC no ha explicitado claramente dónde se encuentra la base normativa para la aplicación del principio de proporcionalidad. Para el citado autor, esta se encontraría en las Bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos

arbitrarias (art. 19 N° 9) y en la garantía de la materia del cont del valor de justicia inherente al Derecho, v. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, *op. cit.* Humberto. “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”. Santiago, CECOCH/Librotecnia, 3ª edic., 2010, p. 29 para el subestudio de principio de proporcionalidad (escrito BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª edic., 2003, p. 1143

¹⁹⁴ “Esto no significa que uno de los principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción”, v. MORESO, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales”, en: “Neoconstitucionalismo(s)”. Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 1143

¹⁹⁵ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, 1992

¹⁹⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Justicia constitucional y derechos fundamentales”. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 200.

el principio, quiere decir que a este último le es indiferente la adopción de la medida en algún sentido. Pero dado que sí afecta, en cambio, la realización de otro principio, entonces sí es posible comenzar el proceso de elaboración de una precedencia condicionada.

Puntualiza Alexy que la idoneidad es otra forma de expresar la idea de óptimo de Pareto, en el sentido de que “puede mejorarse una posición, sin que otra empeore”¹⁹⁷. La idoneidad, pues, no pretende navegar hacia un punto máximo, sino más bien busca determinar un estatus negativo tendiente a establecer qué medios no son idóneos¹⁹⁸.

Pero la intervención o la medida ha de ser también necesaria, esto es, frente a dos medios idóneos, debe estarse al más benigno o el que menos daño cause al otro principio¹⁹⁹. En el caso de la necesidad, también se expresa la idea del óptimo de Pareto, pues la introducción de un medio más benigno e igualmente idóneo no tiene costos para el otro. Entonces bien, y relacionando, tenemos que así como la idoneidad “valora la medida en relación con el fin perseguido, el juicio de necesidad lo hace en relación con el principio sacrificado”²⁰⁰.

Recapitulando tenemos que, puesto que son mandatos de optimización, los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como jurídicas. Como se indicó, los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan la optimización fáctica. En ellos la ponderación no juega un rol, y solo se trata de evitar ciertas intervenciones en los derechos, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto²⁰¹.

Pues bien, será tratándose del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que es el campo de la optimización jurídica, donde tendrá lugar la ponderación propiamente tal.

La determinación de la optimización que los principios persiguen, en el ámbito de las posibilidades jurídicas de realización, se constituye o conforma por los principios que juegan en sentido contrario o con los principios que dan fundamento a las reglas que juegan en

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. □525.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. □525.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. ~~525~~

²⁰⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, *op. cit.*, □201.

²⁰¹ ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, *en*: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia/CECOCH/UNAM, 2010, p. □19.

sentido contrario. El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto expresa, por tanto, el criterio que debe operar para establecer la optimización jurídica en la confrontación de los principios en la lucha por prevalecer en la normación de un caso.

La ponderación, en clave de principio de proporcionalidad en sentido estricto, como acto de establecimiento de la precedencia de un principio por sobre otro, distingue tres elementos: ley de ponderación, fórmula del peso y cargas de argumentación.

1.3.2. Ley de la ponderación

Alexy presenta esta Ley, en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. De esta manera se expresa que la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario, no consiste en nada diferente a la ponderación”²⁰².

La Ley de la Ponderación, explica Alexy, muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en el tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”.

Como se advierte los dos primeros pasos de la ponderación consisten en establecer la importancia de los principios en colisión. Por consiguiente se trata de pasos análogos. Para determinar la importancia de los principios en colisión Alexy propone una escala triádica de intensidad, a saber: leve, moderada y grave.

El tercer paso guarda relación con el peso abstracto de los principios, que puede estar determinado por la jerarquía de la fuente del derecho en que estén establecidos o en función de los valores sociales positivos que contienen. Así, y por ejemplo, “puede sostenerse que el principio de protección a la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo”²⁰³.

²⁰² ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, □529.

²⁰³ BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, *en*: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia/CECOCH/UNAM, 2010, p. □68.

Pero llevada la ponderación al terreno de los casos judiciales concretos, con las particularidades y contingencias empíricas que los configuran, basado en que las apreciaciones relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza, el peso abstracto operará como una variable no definitiva. Existe, pues, una tercera variable, S, “que se refiere a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto”²⁰⁴.

La concretización del peso abstracto de los principios en la ponderación, Alexy la obtiene mediante la fórmula del peso.

1.3.3. La fórmula del peso

La estructura de la fórmula del peso tiene la siguiente estructura²⁰⁵:

$$IPiC \times GPiA \times SPiC$$

$$GPi,jC =$$

$$WPjC \times GPjA \times SPjC$$

En donde IPiC simboliza el grado de no satisfacción o afectación del primer principio en el caso concreto; GPiA el peso abstracto del primer principio; SPiC la seguridad de las apreciaciones empíricas del primer principio concernientes a su importancia; WPjC la importancia en la satisfacción del segundo principio en el caso concreto; GPjA el peso abstracto del segundo principio y SPjC la seguridad de las apreciaciones empíricas del segundo principio concernientes a su importancia.

“Esta fórmula establece que el peso concreto del principio Pi es relación con el principio Pj en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio Pi, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio

²⁰⁴ *Ibidem*, p. □69.

²⁰⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, *en*: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia/CECOCH/UNAM, 2010, pp. 69-84.

Pj, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia”²⁰⁶.

Explica Bernal Pulido que Alexy sostiene que es posible atribuir en forma metafórica un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios mediante una escala triádica, del siguiente modo: leve (1), medio (2) y grave (4). “Mediante la aplicación de estos valores numéricos a la fórmula del peso es posible determinar el peso concreto del principio Pi en relación el principio Pj en el caso concreto”²⁰⁷.

En caso de que la aplicación de la fórmula del peso establezca un empate entre principios, la ponderación debe ser resuelta mediante las cargas de argumentación.

1.3.4. Cargas de argumentación

Según Bernal Pulido al respecto es posible encontrar dos versiones en Alexy sobre este punto. La primera, en el capítulo final de la Teoría de los derechos fundamentales, y la segunda, en el Epílogo a esta obra, escrito quince años después²⁰⁸.

En la Teoría de los derechos fundamentales, Alexy se inclina por una fundamentación de la carga de la argumentación en pro de la libertad e igualdad jurídica. El principio *in dubio pro libertate* expresaría la carga de esta argumentación. La idea es que, en el debate, los principios de igualdad y libertad solo pueden ser preteridos por otros principios en la medida que existan argumentos o razones más fuertes. Los empates, por tanto, “deben favorecer a la libertad y la igualdad jurídica”²⁰⁹.

En el Epílogo a la “Teoría de los derechos fundamentales”, Alexy defiende la idea que, en caso de empate que se produzca en razón del control de constitucionalidad de una ley, la igualdad y la libertad pueden ser preteridas por una argumentación en pro de la democracia²¹⁰.

1.3.5. El juicio de ponderación

²⁰⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia/CECOCH/UNAM, 2010, p. □69.

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. □769

²⁰⁸ *Ibidem*, p. □71.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. □71.

²¹⁰ *Ibidem*, p. □71.

Así como las reglas se aplican mediante subsunción, los principios se aplican por medio de la ponderación, cuyo objetivo pragmático es establecer una relación de precedencia condicionada entre estos.

Producto de la ponderación se obtiene la regla que determina qué principio prima sobre otro.

Pueden darse cuatro relaciones entre principios (P):

- 1) $P^1 \mathbf{P} P^2$
- 2) $P^2 \mathbf{P} P^1$
- 3) $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$
- 4) $(P^2 \mathbf{P} P^1) C$

1) y 2) son relaciones de precedencia incondicionadas. 3) y 4) son casos de precedencia condicionada.

ALEXY explica así la formulación: “(K) Si el principio P^1 en las circunstancias C, tiene precedencia sobre el principio P^2 : $(P^1 \mathbf{P} P^2) C$, y si de P, en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$ (...) Una formulación algo menos técnica es la siguiente: (K’). Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”²¹¹.

Aquella es la denominada “ley de la colisión”, que es uno de los fundamentos de la teoría de los principios, pues refleja el carácter de mandatos de optimización de los principios²¹².

2. APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE PRINCIPIOS DE ALEXY A LA COMPRESIÓN DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS LABORALES RECONOCIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL CHILENO A TRAVÉS DE SU JURISPRUDENCIA

²¹¹ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, □75.

²¹² *Ibidem*, p. □76.

Hasta ahora hemos justificado que los principios jurídicos laborales se encuentran plenamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral chileno ya que: a) constan expresa o implícitamente en los enunciados normativos de aquél, b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de *obiter dicta*, *ratio decidendi* o norma *decisoria litis*, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden en algún nivel del sistemas de fuentes (formales o materiales).

Enfocaremos nuestra atención en el reconocimiento jurisprudencial y asumiremos dogmáticamente que la concepción jurisprudencial de los principios jurídicos laborales, manifiesta la comprensión que ha de tenerse por obligatoria en la República de Chile sobre el sentido jurídico de los referidos entes normativos. Si lo que se pretende es justificar la existencia o validez del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno vigente, lo correcto y razonable, por tanto, será conceptualizarlo a partir de la comprensión que haya de tenerse por obligatoria, y que, ciertamente, es la que realizan los tribunales establecidos por la Constitución y las leyes, en particular la CS.

En este orden de cosas, somos de la opinión que la concepción de principios de Alexy justificadamente puede ser circunscrita a las posibilidades de comprensión de los principios reconocidos por el ordenamiento jurídico laboral chileno a través de su jurisprudencia.

Por ningún motivo afirmamos que dicha teoría, de manera completa y detallada pueda ser aplicada a la comprensión de los principios jurídicos laborales reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral chileno. Nuestra afirmación es más modesta y acotada en función de los fines prácticos de esta tesis. Estimamos que, en términos generales, la concepción de los principios como mandatos de optimización, por una parte, y la ponderación como mecanismo de aplicación de los mismos encaminada a establecer una relación de precedencia condicionada entre estos constituyen un modelo teórico razonable para la comprensión de los principios jurídicos laborales en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

Para demostrar esto utilizaremos un método o test de compatibilidad que consistirá en comparar ciertos aspectos de la teoría de los principios de Alexy, con el concepto y concepción que puede inferirse del repertorio de fallos presentado en este capítulo. El grado de compatibilidad o, si se prefiere, de comprensión que puede hacerse de la jurisprudencia laboral chilena con el instrumental conceptual de la teoría de los principios, se establecerá mediante el levantamiento de notas distintivas principales.

Finalmente, definiremos un concepto y una concepción de principios jurídicos laborales que nos permitirá, en el decurso de la tesis, ir distinguiendo el principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

2.1. Test de compatibilidad

Utilizaremos tres notas distintivas decisivas, a saber: 1) comprensión de los principios como norma jurídica; 2) comprensión de los principios como mandatos de optimización, y 3) utilización de la ponderación como procedimiento de resolución de la colisión de principios.

2.1.1. Comprensión de los principios laborales como normas jurídicas

Enunciado normativo es una secuencia o cadena de expresiones lingüísticas-gramaticales que buscan establecer lo que debe ser. En esta tesis hemos adoptado el concepto semántico de norma, según el cual norma es el significado de un enunciado normativo. Dado que en el modelo semántico de norma, el criterio de distinción se pone en el nivel de la norma (esto es, del sentido jurídico), y no del enunciado normativo, es que resulta muy adecuado para resolver una hipótesis de dogmática jurídica como la nuestra, orientada a la comprobación de la existencia de un nuevo principio jurídico en el ordenamiento jurídico laboral chileno que, sistemáticamente, se obtiene mediante una inducción jurídica del sentido de un conjunto finito de enunciados normativos (derecho positivo del trabajo).

Un principio es norma jurídica porque establece lo que es debido y puede ser formulado con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Un principio jurídico laboral es una norma jurídica, ergo, porque establece lo que es debido en el ámbito laboral. No son solo simples orientaciones, ideas informadoras, fuentes supletorias o razones inspiradoras del sistema, como mayoritariamente ha postulado la doctrina *iustlaboralista* nacional, sino que son propiamente estructuras con poder normativo directo para disciplinar de manera principal, y no supletoriamente, el comportamiento de los sujetos de derecho.

Esta comprensión general de los principios que se predica de la teoría de Alexy, también está presente en el repertorio jurisprudencial, ya que se ha mostrado que estos son frecuentemente utilizados como razones suficientes para decidir casos en sede de queja y de casación en el fondo, en donde la *ratio decidendi* o bien, la norma *decisoria litis* que invoca el Tribunal es un principio laboral implícito porque es inferido de ciertas secuencias de

enunciados normativos laborales positivos.

Para que los principios cumplan tan importante rol en el discurso de aplicación jurisdiccional, han de tener el estatus de norma jurídica, de otra forma la infracción a ellos no podría tener la fuerza para anular o revocar un fallo en sede de queja o casación en el fondo.

Especialmente tratándose de un fallo dictado en sede de casación en el fondo, no puede sino concluirse que esta clase de resoluciones identifica a los principios como normas jurídicas positivas (por estar dentro de la ley), consolidando una comprensión jurisprudencial de estos, ya no como el de ser simples directrices, orientaciones legislativas, espíritu general de la legislación, método de interpretación o integración de las leyes, sino como normas jurídicas principales y completas; pues de lo contrario las infracciones a ellos no podrían prosperar como causales de casación en el fondo, ya que este recurso, siendo de derecho estricto, como sabemos, procede contra las sentencias definitivas inapelables y contras las interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por tribunales arbitrales de segunda instancia, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción de ley haya influido substancialmente en lo dispositivo del fallo (artículo 767 del CPC), “señalar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida” (artículo 772 del CPC).

Por estas razones, la comprensión de los principios laborales como normas jurídicas resulta justificada.

2.1.2. Comprensión de los principios como mandatos de optimización

En la concepción de Alexy los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por esta singular cualidad, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y porque la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino que también de las jurídicas. El ámbito de optimización de las posibilidades fácticas se determina con el concurso de baremos asociados a juicios de idoneidad y necesidad. A su turno, el ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestas.

A nuestro juicio la concepción de los principios como mandatos de optimización

también es una nota distintiva de nuestra jurisprudencia porque, en efecto, cuando se utilizan en el discurso de aplicación jurisdiccional, la carga de la argumentación que los hace primar sobre reglas o principios en colisión, es el mandato (deber ser) realizar en la mayor medida de lo posible ciertos fines presentes en el ordenamiento jurídico laboral. Por lo general, como se ha podido advertir, el mandato consistirá en que la protección al trabajador debe ser realizada en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Pero también en algunos casos el mandato de optimización ha sido la realización de la buena fe contractual en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Así, por ejemplo y en algunos casos, cuando el principio de protección al trabajador y el de buena fe contractual han colisionado, la CS ha debido establecer una relación de precedencia condicionada, haciendo primar al último de estos.

Sería inoficioso volver a reiterar todos los fallos ya citados en la sección I de este capítulo, en los cuales la concepción de los principios como mandatos de optimización se manifiesta con claridad. No obstante eso, recordar al menos uno de ellos contribuirá a eliminar cualquier duda que al respecto todavía pudiera albergarse.

A propósito del principio de continuidad laboral en sentencia de día 18 de junio de 2002 se ha reiterado que:

“Octavo: Que el Código del Trabajo, en relación con los contratos por obra o servicio determinado, no contempla, como en los a plazo, normas que regulen su transformación en contratos de duración indefinida. Pero la ausencia de tales normas no obsta para que el intérprete pueda señalar los racionales límites temporales de los contratos por obra o servicio determinado o, eventualmente, su transformación en contrato de duración indefinida, en los casos particulares que puede conocer. Compete que se señale lo anterior, pues doctrinariamente y también conforme a nuestro derecho positivo el principio de continuidad de la relación laboral muestra como una de sus manifestaciones la preferencia por los contratos de duración indefinida, los que otorgan una mayor protección al trabajador, especialmente en el difícil momento del despido e inicio de una situación de desempleo”²¹³.

Puesto que la continuidad de la relación laboral muestra como una de sus manifestaciones la preferencia por los contratos de duración indefinida, entonces, y a pesar que no existe regla particular que lo regule,

“procede señalar los racionales límites temporales de los contratos por obra o servicio determinado, o eventualmente su transformación en contrato de duración indefinida, en los

²¹³ Corte Suprema, CFO, 18 de julio de 2002, Castillo Castillo, Juan, en: RDJ, tomo N° 1652002, pp. 164

casos particulares que pueda conocer”²¹⁴.

La optimización de la protección al trabajador, esto es, el que se realice en la mayor medida de lo posible, se concretiza prefiriendo los contratos indefinidos y aplicando el principio en sede de casación en el fondo. El principio opera claramente como un mandato de optimización, pues desarrolla en la mayor medida de lo posible, fáctica y jurídicamente los fines de protección que se entienden concretar en la preferencia por los contratos de trabajo de duración indefinida.

2.1.3. Utilización de la ponderación como procedimiento de resolución de la colisión de principios jurídicos laborales

Si bien la CS ha implementado no de manera completa el juicio de ponderación, esto es, siguiendo todos y cada uno de los pasos y elementos del principio de proporcionalidad en sentido estricto, no puede desconocerse que comprende su importancia y lo aplica en términos generales.

Así es como ha dicho que:

“Noveno: Que, en lo atinente con la presunción contenida en el inciso cuarto del artículo 9° del Código del establecimiento obedece a la finalidad de proteger al contratante más débil, esto es, al trabajador. Sin embargo, por otro lado, no puede desestimarse el principio básico general en orden a que los contratos deben cumplirse de buena fe, por lo tanto, aparece que los bienes jurídicos, en la especie, colisionan.

Décimo: Que para dirimir dicho conflicto, ha de señalarse, en primer lugar, que, en la especie, ha quedado como hecho establecido en la sentencia de que se trata, que el demandante era, además de gerente general de la demandada, socio y director de la misma y que carecía –en la calidad de gerente general– conforme al mandato que le fue conferido, de la facultad de autocontratación y, en segundo lugar, debe preferirse el principio básico de la buena fe, por cuanto, en el caso se trata de un demandante que ostenta, al unísono, las calidades de trabajador y empleador, es decir, sobre él recaía la obligación de escriturar, en la forma pertinente, su contrato de trabajo y al no hacerlo, en su favor, no pueden presumirse como estipulaciones del convenio las que él mismo declara, de manera que la presunción analizada no recibe aplicación en este caso y, por ende, no puede estimarse que la remuneración pactada sea la que ha indicado el actor en su demanda, aun cuando el monto señalado haya sido el que percibió durante, a lo menos, un año, ya que la gestión de la empresa le había sido confiada al demandante.

Undécimo: Que, en consecuencia, se ha cometido un error de derecho en el fallo atacado, al hacer aplicable el caso de autos, la presunción del artículo 9° del Código del Trabajo que alcanza a lo dispositivo del mismo, ya que condujo a determinar una remuneración y base de cálculo, superiores al monto real (...)” (el subrayado es

²¹⁴ Ibídem, pp. 164-165.

nuestro)²¹⁵.

En el fallo se advierte una comprensión general, implícita, de la ley de la ponderación porque se hace un análisis, insistimos general e implícito, del grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, y el grado o importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Asimismo, el fallo, en un tercer paso, define la importancia de la satisfacción del principio de la buena fe.

Es evidente que en el fallo no consta que se aplique la fórmula del peso. Y es razonable que así sea, porque las sentencias deben ser actos jurídicos con un alto poder de comunicación, al alcance de los ciudadanos, para que estos, en la medida de lo posible, entiendan las razones de la fortuna que han tenido sus pretensiones. Una sentencia integrada con fórmulas o cálculos lógicos, por cierto, que solo sería una pieza de estudio para juristas expertos en lógica jurídica, y no cumpliría con su rol de darle estabilidad al Estado de Derecho, porque los ciudadanos, incluidos los abogados, no entenderían sus razonamientos. Sin embargo, tan importante requisito de la ponderación no significa que los jueces, en el proceso subjetivo de formación de su convicción frente al caso, no pudieran utilizarlo como herramienta de análisis para determinar, en el caso concreto, cuál de los principios en colisión pesa más²¹⁶. En efecto, a nuestro juicio, la fórmula del peso es más una herramienta analítica que una técnica jurisprudencial y su omisión, en el texto de la sentencia, no le resta racionalidad a la decisión jurisdiccional, en la medida que aquella, en su conjunto, justifique adecuadamente sus consideraciones.

En lo que respecta a las cargas de argumentación, como sabemos, este elemento de la ponderación se utiliza en caso de empate entre los principios, cuestión que no consta en el fallo. Sí consta, en cambio, que la CS distingue claramente la existencia de una colisión entre el principio de protección al trabajador y el principio de buena fe contractual. Y esta colisión es

²¹⁵ CORTE SUPREMA, CFO, Manaplast S.A., 17 de marzo de 2003, en: RDI, tomo C, enero/junio, segunda parte, sección tercera, 2003, pp. 237

²¹⁶ Sin duda que la fórmula del peso es uno de los elementos más discutidos de la teoría de Alexy. Con dicha fórmula, Alexy pretende fundamentar la racionalidad (y por tanto, la legitimidad) de la ponderación. En efecto, una de las principales objeciones que se han esgrimido en contra de la teoría de Alexy es la irracionalidad de la ponderación. Por cierto que el mismo Alexy en la Teoría de los Derechos Fundamentales, y como parte del proceso de su fundamentación, desarrolla las críticas que podrían blandirse en contra de su teoría, en particular las críticas al concepto de principio y al de ponderación. El mejor defensor de la teoría de Alexy es el mismo Alexy. Una síntesis crítica de las críticas a la teoría de los principios de Alexy ha sido presentada por Bernal Pulido en el estudio introductorio que hace a su traducción de la Teoría de los Derechos Fundamentales, v. BERNAL PULIDO, Carlos. "Estudio introductorio", en: ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2007, pp. XXVIII-LVI.

resuelta mediante una carga de la argumentación a favor de la buena fe, cuestión que refleja que las colisiones entre principios no se resuelven mediante subsunción, sino que mediante ponderación, ya que la sentencia no subsume el caso particular en una regla legal específica²¹⁷, sino que hace pesar más en el caso concreto la buena fe, como principio general “en orden a que los contratos deben cumplirse de buena fe”.

Sin la pretensión de presentar una acabada estructura de relación de precedencia condicionada, la que implica el fallo, puede ser formulada del siguiente modo:

- P¹ principio de la buena fe contractual
- P² principio protección al trabajador
- P** relación de precedencia condicionada
- C condiciones de precedencia

P¹ conduce a la prohibición de la situación de laboralización de la cláusula; a su vez, P² conduce a la permisión de la laboralización de la cláusula. Ambos principios, pues, colisionan, pues conducen a juicios concretos de deber ser jurídicos recíprocamente contradictorios. La colisión puede solucionarse mediante el establecimiento de una relación de precedencia condicionada, que signamos con el símbolo **P**.

Las condiciones por las cuales un principio precederá a otro, en este caso sería el hecho de que se trata de un demandante que ostenta, al unísono, las calidades de trabajador y empleador, unido a que no tenía facultades de autocontratación. Para representar lógicamente la condición, emplearemos el símbolo C.

Luego la fórmula de procedencia condicionada que ocupa la CS en esta colisión es: (P¹ **P** P²) C.

Esta fórmula explica el peso o la ponderación así: el principio P¹ tiene, en el caso, un peso mayor que el principio opuesto P², cuando existen razones suficientes para que P¹ tenga precedencia sobre P², en las condiciones C dadas en el caso concreto.

La ponderación del Tribunal consta en la mención de las condiciones de precedencia (C) y

²¹⁷ Es decir, no establece que “el caso concreto es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada”, v. MORESO, José Juan. “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia/CECOCH/UNAM, 2010, p. 86.

la fundamentación de la tesis jurídica²¹⁸ de que bajo estas condiciones P¹ tiene precedencia sobre P².

La condición de precedencia de P¹ (buena fe) puede enunciarse del siguiente modo: si el demandante ostenta al unísono las calidades de trabajador y empleador, y no tiene facultades de autocontratación, no pueden presumirse como estipulaciones del convenio las que él mismo declara.

También es posible formular la siguiente regla para el caso particular: Si una acción satisface las condiciones C, entonces está prohibida. Lo que fuera caracterizado como condición de precedencia, C, juega, pues, como dice Alexy, un papel doble²¹⁹. En el enunciado de preferencia (P¹ P P²) C, C es la condición de una relación de precedencia. En la formulación de regla sería: si la acción *a* cumple C, entonces pesa sobre *a* una prohibición.

Como se advierte, la CS hace, en general, un juicio de ponderación y por cierto entiende que esta, la ponderación, va enderezada a producir una regla que la resolverá.

Pero también debe ser aceptado en el análisis que, sin embargo, la CS no complejiza su ponderación con una aplicación del principio de proporcionalidad a efectos de delimitar jurídicamente de mejor forma la optimización. Pero de esta circunstancia, en ningún caso, puede seguirse que no aplique una idea general de la ponderación porque, como se quiera, la CS ha distinguido expresamente, con nombre y apellidos, la existencia de principios y, cuando ha correspondido, también ha establecido la existencia de una colisión entre ellos, argumentando las razones por las cuales hará primar uno por sobre otro, lo cual, por cierto, es una ponderación y/ o reconocimiento que la colisión entre principios no se da en el dominio de la validez sino que del peso. Así, cuando han colisionado el principio de protección al

²¹⁸ Puesto que el actor ostentaba al unísono las calidades de empleador y trabajador, sobre él recaía la obligación de escriturar, en la forma pertinente, su contrato de trabajo y al no hacerlo, en su favor, no pueden presumirse como estipulaciones del convenio las que él mismo declara, de manera que la presunción analizada no recibe aplicación en este caso. La regla en juego es la del artículo 9º del CT: “El empleador que no ha escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales. Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviará el contrato a la respectiva Inspección del Trabajo para que esta requiera la firma. Si el trabajador insistiere en su actitud ante dicha Inspección, podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito. Si el empleador no hiciera uso del derecho que se le confiere en el inciso anterior, dentro del respectivo plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador” (el subrayado es nuestro).

²¹⁹ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 75.

trabajador y el principio de la buena fe contractual, la solución no ha sido declarar inválido el principio de protección al trabajador, sino solo preterirlo en el caso concreto, por tener en el caso concreto el argumento de la buena fe, un mayor peso.

2.1.4. Valoración de la concepción de principio de Alexy en el contexto de la jurisprudencia laboral chilena

La comprensión de los principios como normas jurídicas que ordenan que algo sea realizado en mayor medida de lo posible (mandato de optimización), es un modelo teórico que contribuye a explicar de manera general la naturaleza y función de estos en el discurso de aplicación jurisdiccional de los principios jurídicos laborales.

En efecto, se comprobó que en el repertorio jurisprudencial los principios se utilizan muchas veces como *ratio decidendi* o norma *decisoria litis*. Asimismo, se comprobó que cuando se aplican, se lo hace en la lógica de optimizar los fines que se distinguen como principales en la legislación, de suerte tal de hacer primar ese fin y en consecuencia al principio que lo porta, por sobre reglas o principios opuestos. Y por último, cuando se han producido colisiones entre principios, estas se han resuelto mediante una ponderación. Por todas estas consideraciones estimamos justificado sostener que la concepción de los principios de Alexy, en términos generales, resulta un modelo teórico razonable para explicar la naturaleza y función de los principios laborales, a saber, el de ser normas jurídicas tipo mandato de optimización que, en el discurso de aplicación jurisdiccional, pueden cumplir la función de *ratio decidendi* o *lex decisoria litis*.

IV. CONCEPCIÓN DE PRINCIPIO JURÍDICO LABORAL DE LA TESIS

Si los principios jurídicos son mandatos de optimización, un criterio elemental de distinción que puede formularse entre ellos, viene determinado por la naturaleza material de aquello que ordenan deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales a existentes. Vale decir, el concepto de principio implica un criterio de distinción en el plano de los fines que persiguen los principios (puesto que lo que se optimiza se hace en vista de ciertos valores y preferencias).

Otro criterio, por cierto relacionado con la finalidad, es el funcionalista.

Excede a los límites de esta tesis explayarnos sobre el concepto de función y

funcionalismo, en toda su complejidad y ramificaciones teóricas²²⁰. La misma prevención debemos hacer sobre el concepto de fin y finalidad, de tanta influencia en la teoría jurídica²²¹.

En virtud de lo precedentemente prevenido, deberá tenerse presente que en esta tesis solo adoptaremos conceptos operativos de fin y función jurídicas, asistidos por la sistematización que, al respecto, ha efectuado Squella²²².

Por fin entenderemos los objetivos a cuya consecución se dirige algo y/o aquello para lo cual algo está en definitiva constituido²²³. Así, por ejemplo, puede decirse que los fines del “derecho son los objetivos a cuya consecución el derecho se dirige u orienta, esto es, aquello para lo cual el derecho está en definitiva constituido”²²⁴.

El término función, en cambio, alude o importa la pregunta sobre las tareas que un ente (un algo) cumple. La pregunta se traslada entonces a lo que el ente hace “o realiza según su condición, por lo que hace o ejecuta de manera apropiada a lo que de ese algo se espera”.²²⁵ Por consiguiente, “podemos decir que las funciones del derecho aluden a las tareas que este realiza en un contexto dado (...) Así las cosas, preguntarse por las funciones del derecho equivale a preguntarse por las tareas que el derecho cumple, o sea, por todo aquello que el derecho realiza o ejecuta de acuerdo con su condición de orden normativo en el contexto más amplio de los diversos órdenes normativos que existen en toda sociedad”²²⁶.

El paso siguiente en la construcción de nuestra distinción es proponer los fines y las funciones de los principios del Derecho del Trabajo.

²²⁰ El concepto de función como categoría fenoménica explicativa tiene una importante tradición que, en el siglo XIX, ~~en la~~ ~~teoría~~ ~~social~~, uno de sus paradigmas. La producción científica de autores como Malinowski (función como satisfacción de necesidades), Parsons (función al servicio del mantenimiento del equilibrio) o Gouldner (función como relación de reciprocidad de sistemas), testimonian la complejidad y riqueza analítica de la categoría función para la exploración de lo social. Una importante veta crítica de esta discusión en el plano socio-jurídico, en LUHMANN, Niklas. “El derecho de la sociedad”. México, Herder/Universidad Iberoamericana, 2ª ~~edición~~, traducción Javier Torres Nafarrate y c

²²¹ Estamos pensando en la importancia e influencia universal de Ihering, la jurisprudencia finalista y de intereses que, según Elías Díaz, en el siglo XX derivó hacia una actitud crítica frente al formalismo e, incluso, el normativismo. Una síntesis de esto, puede consultarse, en: DÍAZ, Elías. “Sociología y filosofía del Derecho”. Madrid, ~~1984~~, ~~1987~~, ~~1991~~, ~~1994~~, ~~1997~~, ~~2000~~, ~~2003~~, ~~2006~~, ~~2009~~, ~~2012~~, ~~2015~~, ~~2018~~, ~~2021~~, ~~2024~~, ~~2027~~, ~~2030~~, ~~2033~~, ~~2036~~, ~~2039~~, ~~2042~~, ~~2045~~, ~~2048~~, ~~2051~~, ~~2054~~, ~~2057~~, ~~2060~~, ~~2063~~, ~~2066~~, ~~2069~~, ~~2072~~, ~~2075~~, ~~2078~~, ~~2081~~, ~~2084~~, ~~2087~~, ~~2090~~, ~~2093~~, ~~2096~~, ~~2099~~, ~~2102~~, ~~2105~~, ~~2108~~, ~~2111~~, ~~2114~~, ~~2117~~, ~~2120~~, ~~2123~~, ~~2126~~, ~~2129~~, ~~2132~~, ~~2135~~, ~~2138~~, ~~2141~~, ~~2144~~, ~~2147~~, ~~2150~~, ~~2153~~, ~~2156~~, ~~2159~~, ~~2162~~, ~~2165~~, ~~2168~~, ~~2171~~, ~~2174~~, ~~2177~~, ~~2180~~, ~~2183~~, ~~2186~~, ~~2189~~, ~~2192~~, ~~2195~~, ~~2198~~, ~~2201~~, ~~2204~~, ~~2207~~, ~~2210~~, ~~2213~~, ~~2216~~, ~~2219~~, ~~2222~~, ~~2225~~, ~~2228~~, ~~2231~~, ~~2234~~, ~~2237~~, ~~2240~~, ~~2243~~, ~~2246~~, ~~2249~~, ~~2252~~, ~~2255~~, ~~2258~~, ~~2261~~, ~~2264~~, ~~2267~~, ~~2270~~, ~~2273~~, ~~2276~~, ~~2279~~, ~~2282~~, ~~2285~~, ~~2288~~, ~~2291~~, ~~2294~~, ~~2297~~, ~~2300~~, ~~2303~~, ~~2306~~, ~~2309~~, ~~2312~~, ~~2315~~, ~~2318~~, ~~2321~~, ~~2324~~, ~~2327~~, ~~2330~~, ~~2333~~, ~~2336~~, ~~2339~~, ~~2342~~, ~~2345~~, ~~2348~~, ~~2351~~, ~~2354~~, ~~2357~~, ~~2360~~, ~~2363~~, ~~2366~~, ~~2369~~, ~~2372~~, ~~2375~~, ~~2378~~, ~~2381~~, ~~2384~~, ~~2387~~, ~~2390~~, ~~2393~~, ~~2396~~, ~~2399~~, ~~2402~~, ~~2405~~, ~~2408~~, ~~2411~~, ~~2414~~, ~~2417~~, ~~2420~~, ~~2423~~, ~~2426~~, ~~2429~~, ~~2432~~, ~~2435~~, ~~2438~~, ~~2441~~, ~~2444~~, ~~2447~~, ~~2450~~, ~~2453~~, ~~2456~~, ~~2459~~, ~~2462~~, ~~2465~~, ~~2468~~, ~~2471~~, ~~2474~~, ~~2477~~, ~~2480~~, ~~2483~~, ~~2486~~, ~~2489~~, ~~2492~~, ~~2495~~, ~~2498~~, ~~2501~~, ~~2504~~, ~~2507~~, ~~2510~~, ~~2513~~, ~~2516~~, ~~2519~~, ~~2522~~, ~~2525~~, ~~2528~~, ~~2531~~, ~~2534~~, ~~2537~~, ~~2540~~, ~~2543~~, ~~2546~~, ~~2549~~, ~~2552~~, ~~2555~~, ~~2558~~, ~~2561~~, ~~2564~~, ~~2567~~, ~~2570~~, ~~2573~~, ~~2576~~, ~~2579~~, ~~2582~~, ~~2585~~, ~~2588~~, ~~2591~~, ~~2594~~, ~~2597~~, ~~2600~~, ~~2603~~, ~~2606~~, ~~2609~~, ~~2612~~, ~~2615~~, ~~2618~~, ~~2621~~, ~~2624~~, ~~2627~~, ~~2630~~, ~~2633~~, ~~2636~~, ~~2639~~, ~~2642~~, ~~2645~~, ~~2648~~, ~~2651~~, ~~2654~~, ~~2657~~, ~~2660~~, ~~2663~~, ~~2666~~, ~~2669~~, ~~2672~~, ~~2675~~, ~~2678~~, ~~2681~~, ~~2684~~, ~~2687~~, ~~2690~~, ~~2693~~, ~~2696~~, ~~2699~~, ~~2702~~, ~~2705~~, ~~2708~~, ~~2711~~, ~~2714~~, ~~2717~~, ~~2720~~, ~~2723~~, ~~2726~~, ~~2729~~, ~~2732~~, ~~2735~~, ~~2738~~, ~~2741~~, ~~2744~~, ~~2747~~, ~~2750~~, ~~2753~~, ~~2756~~, ~~2759~~, ~~2762~~, ~~2765~~, ~~2768~~, ~~2771~~, ~~2774~~, ~~2777~~, ~~2780~~, ~~2783~~, ~~2786~~, ~~2789~~, ~~2792~~, ~~2795~~, ~~2798~~, ~~2801~~, ~~2804~~, ~~2807~~, ~~2810~~, ~~2813~~, ~~2816~~, ~~2819~~, ~~2822~~, ~~2825~~, ~~2828~~, ~~2831~~, ~~2834~~, ~~2837~~, ~~2840~~, ~~2843~~, ~~2846~~, ~~2849~~, ~~2852~~, ~~2855~~, ~~2858~~, ~~2861~~, ~~2864~~, ~~2867~~, ~~2870~~, ~~2873~~, ~~2876~~, ~~2879~~, ~~2882~~, ~~2885~~, ~~2888~~, ~~2891~~, ~~2894~~, ~~2897~~, ~~2900~~, ~~2903~~, ~~2906~~, ~~2909~~, ~~2912~~, ~~2915~~, ~~2918~~, ~~2921~~, ~~2924~~, ~~2927~~, ~~2930~~, ~~2933~~, ~~2936~~, ~~2939~~, ~~2942~~, ~~2945~~, ~~2948~~, ~~2951~~, ~~2954~~, ~~2957~~, ~~2960~~, ~~2963~~, ~~2966~~, ~~2969~~, ~~2972~~, ~~2975~~, ~~2978~~, ~~2981~~, ~~2984~~, ~~2987~~, ~~2990~~, ~~2993~~, ~~2996~~, ~~2999~~, ~~3002~~, ~~3005~~, ~~3008~~, ~~3011~~, ~~3014~~, ~~3017~~, ~~3020~~, ~~3023~~, ~~3026~~, ~~3029~~, ~~3032~~, ~~3035~~, ~~3038~~, ~~3041~~, ~~3044~~, ~~3047~~, ~~3050~~, ~~3053~~, ~~3056~~, ~~3059~~, ~~3062~~, ~~3065~~, ~~3068~~, ~~3071~~, ~~3074~~, ~~3077~~, ~~3080~~, ~~3083~~, ~~3086~~, ~~3089~~, ~~3092~~, ~~3095~~, ~~3098~~, ~~3101~~, ~~3104~~, ~~3107~~, ~~3110~~, ~~3113~~, ~~3116~~, ~~3119~~, ~~3122~~, ~~3125~~, ~~3128~~, ~~3131~~, ~~3134~~, ~~3137~~, ~~3140~~, ~~3143~~, ~~3146~~, ~~3149~~, ~~3152~~, ~~3155~~, ~~3158~~, ~~3161~~, ~~3164~~, ~~3167~~, ~~3170~~, ~~3173~~, ~~3176~~, ~~3179~~, ~~3182~~, ~~3185~~, ~~3188~~, ~~3191~~, ~~3194~~, ~~3197~~, ~~3200~~, ~~3203~~, ~~3206~~, ~~3209~~, ~~3212~~, ~~3215~~, ~~3218~~, ~~3221~~, ~~3224~~, ~~3227~~, ~~3230~~, ~~3233~~, ~~3236~~, ~~3239~~, ~~3242~~, ~~3245~~, ~~3248~~, ~~3251~~, ~~3254~~, ~~3257~~, ~~3260~~, ~~3263~~, ~~3266~~, ~~3269~~, ~~3272~~, ~~3275~~, ~~3278~~, ~~3281~~, ~~3284~~, ~~3287~~, ~~3290~~, ~~3293~~, ~~3296~~, ~~3299~~, ~~3302~~, ~~3305~~, ~~3308~~, ~~3311~~, ~~3314~~, ~~3317~~, ~~3320~~, ~~3323~~, ~~3326~~, ~~3329~~, ~~3332~~, ~~3335~~, ~~3338~~, ~~3341~~, ~~3344~~, ~~3347~~, ~~3350~~, ~~3353~~, ~~3356~~, ~~3359~~, ~~3362~~, ~~3365~~, ~~3368~~, ~~3371~~, ~~3374~~, ~~3377~~, ~~3380~~, ~~3383~~, ~~3386~~, ~~3389~~, ~~3392~~, ~~3395~~, ~~3398~~, ~~3401~~, ~~3404~~, ~~3407~~, ~~3410~~, ~~3413~~, ~~3416~~, ~~3419~~, ~~3422~~, ~~3425~~, ~~3428~~, ~~3431~~, ~~3434~~, ~~3437~~, ~~3440~~, ~~3443~~, ~~3446~~, ~~3449~~, ~~3452~~, ~~3455~~, ~~3458~~, ~~3461~~, ~~3464~~, ~~3467~~, ~~3470~~, ~~3473~~, ~~3476~~, ~~3479~~, ~~3482~~, ~~3485~~, ~~3488~~, ~~3491~~, ~~3494~~, ~~3497~~, ~~3500~~, ~~3503~~, ~~3506~~, ~~3509~~, ~~3512~~, ~~3515~~, ~~3518~~, ~~3521~~, ~~3524~~, ~~3527~~, ~~3530~~, ~~3533~~, ~~3536~~, ~~3539~~, ~~3542~~, ~~3545~~, ~~3548~~, ~~3551~~, ~~3554~~, ~~3557~~, ~~3560~~, ~~3563~~, ~~3566~~, ~~3569~~, ~~3572~~, ~~3575~~, ~~3578~~, ~~3581~~, ~~3584~~, ~~3587~~, ~~3590~~, ~~3593~~, ~~3596~~, ~~3599~~, ~~3602~~, ~~3605~~, ~~3608~~, ~~3611~~, ~~3614~~, ~~3617~~, ~~3620~~, ~~3623~~, ~~3626~~, ~~3629~~, ~~3632~~, ~~3635~~, ~~3638~~, ~~3641~~, ~~3644~~, ~~3647~~, ~~3650~~, ~~3653~~, ~~3656~~, ~~3659~~, ~~3662~~, ~~3665~~, ~~3668~~, ~~3671~~, ~~3674~~, ~~3677~~, ~~3680~~, ~~3683~~, ~~3686~~, ~~3689~~, ~~3692~~, ~~3695~~, ~~3698~~, ~~3701~~, ~~3704~~, ~~3707~~, ~~3710~~, ~~3713~~, ~~3716~~, ~~3719~~, ~~3722~~, ~~3725~~, ~~3728~~, ~~3731~~, ~~3734~~, ~~3737~~, ~~3740~~, ~~3743~~, ~~3746~~, ~~3749~~, ~~3752~~, ~~3755~~, ~~3758~~, ~~3761~~, ~~3764~~, ~~3767~~, ~~3770~~, ~~3773~~, ~~3776~~, ~~3779~~, ~~3782~~, ~~3785~~, ~~3788~~, ~~3791~~, ~~3794~~, ~~3797~~, ~~3800~~, ~~3803~~, ~~3806~~, ~~3809~~, ~~3812~~, ~~3815~~, ~~3818~~, ~~3821~~, ~~3824~~, ~~3827~~, ~~3830~~, ~~3833~~, ~~3836~~, ~~3839~~, ~~3842~~, ~~3845~~, ~~3848~~, ~~3851~~, ~~3854~~, ~~3857~~, ~~3860~~, ~~3863~~, ~~3866~~, ~~3869~~, ~~3872~~, ~~3875~~, ~~3878~~, ~~3881~~, ~~3884~~, ~~3887~~, ~~3890~~, ~~3893~~, ~~3896~~, ~~3899~~, ~~3902~~, ~~3905~~, ~~3908~~, ~~3911~~, ~~3914~~, ~~3917~~, ~~3920~~, ~~3923~~, ~~3926~~, ~~3929~~, ~~3932~~, ~~3935~~, ~~3938~~, ~~3941~~, ~~3944~~, ~~3947~~, ~~3950~~, ~~3953~~, ~~3956~~, ~~3959~~, ~~3962~~, ~~3965~~, ~~3968~~, ~~3971~~, ~~3974~~, ~~3977~~, ~~3980~~, ~~3983~~, ~~3986~~, ~~3989~~, ~~3992~~, ~~3995~~, ~~3998~~, ~~4001~~, ~~4004~~, ~~4007~~, ~~4010~~, ~~4013~~, ~~4016~~, ~~4019~~, ~~4022~~, ~~4025~~, ~~4028~~, ~~4031~~, ~~4034~~, ~~4037~~, ~~4040~~, ~~4043~~, ~~4046~~, ~~4049~~, ~~4052~~, ~~4055~~, ~~4058~~, ~~4061~~, ~~4064~~, ~~4067~~, ~~4070~~, ~~4073~~, ~~4076~~, ~~4079~~, ~~4082~~, ~~4085~~, ~~4088~~, ~~4091~~, ~~4094~~, ~~4097~~, ~~4100~~, ~~4103~~, ~~4106~~, ~~4109~~, ~~4112~~, ~~4115~~, ~~4118~~, ~~4121~~, ~~4124~~, ~~4127~~, ~~4130~~, ~~4133~~, ~~4136~~, ~~4139~~, ~~4142~~, ~~4145~~, ~~4148~~, ~~4151~~, ~~4154~~, ~~4157~~, ~~4160~~, ~~4163~~, ~~4166~~, ~~4169~~, ~~4172~~, ~~4175~~, ~~4178~~, ~~4181~~, ~~4184~~, ~~4187~~, ~~4190~~, ~~4193~~, ~~4196~~, ~~4199~~, ~~4202~~, ~~4205~~, ~~4208~~, ~~4211~~, ~~4214~~, ~~4217~~, ~~4220~~, ~~4223~~, ~~4226~~, ~~4229~~, ~~4232~~, ~~4235~~, ~~4238~~, ~~4241~~, ~~4244~~, ~~4247~~, ~~4250~~, ~~4253~~, ~~4256~~, ~~4259~~, ~~4262~~, ~~4265~~, ~~4268~~, ~~4271~~, ~~4274~~, ~~4277~~, ~~4280~~, ~~4283~~, ~~4286~~, ~~4289~~, ~~4292~~, ~~4295~~, ~~4298~~, ~~4301~~, ~~4304~~, ~~4307~~, ~~4310~~, ~~4313~~, ~~4316~~, ~~4319~~, ~~4322~~, ~~4325~~, ~~4328~~, ~~4331~~, ~~4334~~, ~~4337~~, ~~4340~~, ~~4343~~, ~~4346~~, ~~4349~~, ~~4352~~, ~~4355~~, ~~4358~~, ~~4361~~, ~~4364~~, ~~4367~~, ~~4370~~, ~~4373~~, ~~4376~~, ~~4379~~, ~~4382~~, ~~4385~~, ~~4388~~, ~~4391~~, ~~4394~~, ~~4397~~, ~~4400~~, ~~4403~~, ~~4406~~, ~~4409~~, ~~4412~~, ~~4415~~, ~~4418~~, ~~4421~~, ~~4424~~, ~~4427~~, ~~4430~~, ~~4433~~, ~~4436~~, ~~4439~~, ~~4442~~, ~~4445~~, ~~4448~~, ~~4451~~, ~~4454~~, ~~4457~~, ~~4460~~, ~~4463~~, ~~4466~~, ~~4469~~, ~~4472~~, ~~4475~~, ~~4478~~, ~~4481~~, ~~4484~~, ~~4487~~, ~~4490~~, ~~4493~~, ~~4496~~, ~~4499~~, ~~4502~~, ~~4505~~, ~~4508~~, ~~4511~~, ~~4514~~, ~~4517~~, ~~4520~~, ~~4523~~, ~~4526~~, ~~4529~~, ~~4532~~, ~~4535~~, ~~4538~~, ~~4541~~, ~~4544~~, ~~4547~~, ~~4550~~, ~~4553~~, ~~4556~~, ~~4559~~, ~~4562~~, ~~4565~~, ~~4568~~, ~~4571~~, ~~4574~~, ~~4577~~, ~~4580~~, ~~4583~~, ~~4586~~, ~~4589~~, ~~4592~~, ~~4595~~, ~~4598~~, ~~4601~~, ~~4604~~, ~~4607~~, ~~4610~~, ~~4613~~, ~~4616~~, ~~4619~~, ~~4622~~, ~~4625~~, ~~4628~~, ~~4631~~, ~~4634~~, ~~4637~~, ~~4640~~, ~~4643~~, ~~4646~~, ~~4649~~, ~~4652~~, ~~4655~~, ~~4658~~, ~~4661~~, ~~4664~~, ~~4667~~, ~~4670~~, ~~4673~~, ~~4676~~, ~~4679~~, ~~4682~~, ~~4685~~, ~~4688~~, ~~4691~~, ~~4694~~, ~~4697~~, ~~4700~~, ~~4703~~, ~~4706~~, ~~4709~~, ~~4712~~, ~~4715~~, ~~4718~~, ~~4721~~, ~~4724~~, ~~4727~~, ~~4730~~, ~~4733~~, ~~4736~~, ~~4739~~, ~~4742~~, ~~4745~~, ~~4748~~, ~~4751~~, ~~4754~~, ~~4757~~, ~~4760~~, ~~4763~~, ~~4766~~, ~~4769~~, ~~4772~~, ~~4775~~, ~~4778~~, ~~4781~~, ~~4784~~, ~~4787~~, ~~4790~~, ~~4793~~, ~~4796~~, ~~4799~~, ~~4802~~, ~~4805~~, ~~4808~~, ~~4811~~, ~~4814~~, ~~4817~~, ~~4820~~, ~~4823~~, ~~4826~~, ~~4829~~, ~~4832~~, ~~4835~~, ~~4838~~, ~~4841~~, ~~4844~~, ~~4847~~, ~~4850~~, ~~4853~~, ~~4856~~, ~~4859~~, ~~4862~~, ~~4865~~, ~~4868~~, ~~4871~~, ~~4874~~, ~~4877~~, ~~4880~~, ~~4883~~, ~~4886~~, ~~4889~~, ~~4892~~, ~~4895~~, ~~4898~~, ~~4901~~, ~~4904~~, ~~4907~~, ~~4910~~, ~~4913~~, ~~4916~~, ~~4919~~, ~~4922~~, ~~4925~~, ~~4928~~, ~~4931~~, ~~4934~~, ~~4937~~, ~~4940~~, ~~4943~~, ~~4946~~, ~~4949~~, ~~4952~~, ~~4955~~, ~~4958~~, ~~4961~~, ~~4964~~, ~~4967~~, ~~4970~~, ~~4973~~, ~~4976~~, ~~4979~~, ~~4982~~, ~~4985~~, ~~4988~~, ~~4991~~, ~~4994~~, ~~4997~~, ~~5000~~, ~~5003~~, ~~5006~~, ~~5009~~, ~~5012~~, ~~5015~~, ~~5018~~, ~~5021~~, ~~5024~~, ~~5027~~, ~~5030~~, ~~5033~~, ~~5036~~, ~~5039~~, ~~5042~~, ~~5045~~, ~~5048~~, ~~5051~~, ~~5054~~, ~~5057~~, ~~5060~~, ~~5063~~, ~~5066~~, ~~5069~~, ~~5072~~, ~~5075~~, ~~5078~~, ~~5081~~, ~~5084~~, ~~5087~~, ~~5090~~, ~~5093~~, ~~5096~~, ~~5099~~, ~~5102~~, ~~5105~~, ~~5108~~, ~~5111~~, ~~5114~~, ~~5117~~, ~~5120~~, ~~5123~~, ~~5126~~, ~~5129~~, ~~5132~~, ~~5135~~, ~~5138~~, ~~5141~~, ~~5144~~, ~~5147~~, ~~5150~~, ~~5153~~, ~~5156~~, ~~5159~~, ~~5162~~, ~~5165~~, ~~5168~~, ~~5171~~, ~~5174~~, ~~5177~~, ~~5180~~, ~~5183~~, ~~5186~~, ~~5189~~, ~~5192~~, ~~5195~~, ~~5198~~, ~~5201~~, ~~5204~~, ~~5207~~, ~~5210~~, ~~5213~~, ~~5216~~, ~~5219~~, ~~5222~~, ~~5225~~, ~~5228~~, ~~5231~~, ~~5234~~, ~~5237~~, ~~5240~~, ~~5243~~, ~~5246~~, ~~5249~~, ~~5252~~, ~~5255~~, ~~5258~~, ~~5261~~, ~~5264~~, ~~5267~~, ~~5270~~, ~~5273~~, ~~5276~~, ~~5279~~, ~~5282~~, ~~5285~~, ~~5288~~, ~~5291~~, ~~5294~~, ~~5297~~, ~~5300~~, ~~5303~~, ~~5306~~, ~~5309~~, ~~5312~~, ~~5315~~, ~~5318~~, ~~5321~~, ~~5324~~, ~~5327~~, ~~5330~~, ~~5333~~, ~~5336~~, ~~5339~~, ~~5342~~, ~~5345~~, ~~5348~~, ~~5351~~, ~~5354~~, ~~5357~~, ~~5360~~, ~~5363~~, ~~5366~~, ~~5369~~, ~~5372~~, ~~5375~~, ~~5378~~, ~~5381~~, ~~5384~~, ~~5387~~, ~~5390~~, ~~5393~~, ~~5396~~, ~~5399~~, ~~5402~~, ~~5405~~, ~~5408~~, ~~5411~~, ~~5414~~, ~~5417~~, ~~5420~~, ~~5423~~, ~~5426~~, ~~5~~

Sin perder de vista que se trata de normas jurídicas, sus fines son todos aquellos objetivos que tanto el constituyente como el legislador incorporan en su estructura normativa. Las normas jurídicas laborales irrumpen en la historia chilena del derecho, con el objetivo inmediato de proteger al trabajador mediante el establecimiento de una serie de derechos mínimos irrenunciables. Este fin de protección al trabajador ha sido formalizado jurídicamente por la jurisprudencia de la CS en siete principios, a saber: 1) principio protector, *pro operario* y/o tutelar, 2) principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, 3) principio de continuidad de la relación laboral, 4) principio de estabilidad relativa en el empleo, 5) principio de continuidad de la empresa, 6) principio de la libertad sindical, y 7) principio de primacía de la realidad.

En cuanto a las funciones de los principios, estimamos que estas cumplen una función general de conciliación entre capital y trabajo en la perspectiva de asegurar la producción y reproducción material e ideológica de la sociedad capitalista. Como es indiscutido en la doctrina, el Derecho del Trabajo no niega la sociedad capitalista, sino que, todo lo contrario, la legitima jurídicamente, pues “asume una función esencialmente política (de estricta y deliberada política del Derecho) de legalizar a la clase obrera integrándola jurídicamente en el orden de convivencia imperante en la comunidad política. Se trata, pues, de ajustar el ordenamiento jurídico individualista del capitalismo a las exigencias de integración de la clase obrera y de racionalización de las condiciones de existencia y uso de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción capitalista”²²⁷.

La protección jurídica laboral, funcionalmente vista, contribuye al equilibrio del sistema, cuestión que, por lo de más, siempre ha tenido presente nuestra jurisprudencia. Solo

²²⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis. “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 16. □21. Prácticamente
 compromiso o integración social o bien sobre el carácter capitalista del Derecho del Trabajo, para referir la idea de que se trata de un derecho que pretende orientar el conflicto entre capital y trabajo por cauces pacíficos para los efectos de reproducir material e ideológicamente a la misma sociedad capitalista. Aparte del citado, entre otros autores, puede consultarse: BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 19^a edic., 2010, pp. 1-12. □edic.,
 1995, pp. 554 JAVILLIER, Jean-Claude. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, pp. 1197 MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 29^a edic., 2008, pp. 332 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 16^a edic., 2008, p. 4
 Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 19^a edic., 2008, pp. 66 ISAZOFRANCO, Tomás, ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis, GARCÍA NINET, Ignacio y LÓPEZ GANDIA, Juan. “Derecho del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 11^a edic., 1982, pp. 46 WILKINSON, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales”. Santiago, Editorial Universitaria, 2003, pp. 66.

presentamos un fallo, entre varios, del cual puede inferirse la función de las normas jurídicas laborales:

“Las disposiciones del Código del Trabajo debe apreciarse no solo como un conjunto de preceptos que tienden a regular las relaciones entre el capital y el trabajo, sino, también, en cuanto ellas miran a conceder ciertas garantías al asalariado, como derechos de que no puede ser despojado y que deberán considerarse como elementos propios de su calidad de tal, invistiendo un evidente carácter de orden público la mantención de esos verdaderos privilegios legales, a lo que se ha debido que el artículo otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables”²²⁸.

□665 disponga que los c

En base a las precisiones conceptuales realizadas, proponemos tres conceptos abstractos de principio jurídico laboral, según que el criterio de definición sean solo sus fines, solo sus funciones o la combinación de ambas notas distintivas:

- a) Concepto finalista de principio jurídico laboral: norma jurídica que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los objetivos de protección que el constituyente y el legislador le han puesto y que, actualmente, son básicamente protección al trabajador (y también, como se justificará más adelante, a la fuente del empleo)²²⁹.
- b) Concepto funcionalista de principio jurídico laboral: norma jurídica que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, las funciones de equilibrio y regulación entre capital y trabajo que el constituyente y el legislador le han puesto.
- c) Concepto combinado de principio jurídico laboral: norma jurídica que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los objetivos de protección del trabajador (y de la fuente del empleo), y las funciones de equilibrio y regulación entre capital y trabajo que el constituyente y el legislador le han puesto.

V. CONCLUSIONES

²²⁸ CORTE SUPREMA, RQ, 8 de agosto de 1948, en: RDJ, tomo p. □20.

□XLVII, marzo/abril

²²⁹ Por cierto que no descartamos otros fines presentes en el Derecho del Trabajo chileno, como puede ser la conciliación del trabajo y la vida familiar, la maternidad, y la empleabilidad de la mujer. Pero la comprobación de esas hipótesis dogmáticas no ha sido el objeto de este trabajo.

Se ha justificado que los principios jurídicos laborales se encuentran plenamente reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral chileno, puesto que: a) constan expresa o implícitamente en los enunciados normativos positivos de aquel; b) se les menciona en la jurisprudencia como parte del ordenamiento, ya sea a título de *obiter dicta*, *ratio decidendi* o, incluso, como *lex decisoria litis*, y c) la doctrina los considera pertenecientes a dicho orden, independientemente del lugar que les asigne en el sistema de las fuentes del derecho.

Asimismo se ha demostrado que su reconocimiento es complejo, ya que no se distingue a un solo principio, sino que a un conjunto, cuales son: 1) principio protector, el cual se subdivide en tres: a) *in dubio pro operario*; b) regla de la aplicación de la norma más favorable; y, regla de la condición más beneficiosa; 2) principio de la irrenunciabilidad de los derechos; 3) principio de la continuidad de la relación laboral; 4) principio de la primacía de la realidad; 5) principio de la razonabilidad, y 6) principio de la buena fe.

Por otra parte se justificó que la jurisprudencia de la CS, en muchas ocasiones, los ha aplicado en calidad de norma *decisoria litis*, sin perjuicio de utilizarlos de manera constante como *ratio decidendi*, todo esto, básicamente, en sede de casación en el fondo. Por consiguiente, los principios jurídicos laborales, a la luz de las aplicaciones jurisprudenciales, no son solo ideas inspiradoras de la legislación laboral, mecanismos de integración o herramientas interpretativas, como ha sostenido la doctrina *iuslaboralista* chilena, sino que también han sido aplicados como normas jurídicas con poder directo para regular las relaciones jurídicas laborales.

Se justificó, asimismo, que los principios laborales son comprendidos por la jurisprudencia de la CS como mandatos de optimización y que, en caso de colisión, hace primar a uno por sobre otro, mediante la metodología de la ponderación que, por cierto, no invalida al principio preterido, sino que, simplemente, no lo hace aplicable al caso concreto. Esta comprensión de los principios, puede ser teóricamente explicada con la ayuda de la teoría de los principios de Alexy.

CAPÍTULO II

EL EMPLEO

“El trabajo, más que la risa, sin duda, es lo propio del hombre”²³⁰.

“Aquellos hombres que difieren tanto de los demás como el cuerpo del alma o la bestia del hombre (y según este modo están dispuestos aquellos cuya función es el uso del cuerpo, y esto es lo mejor que de ellos cabe esperar) son por naturaleza esclavos, y para ellos es mejor ser mandados con este género de mando (...) Es pues esclavo por naturaleza el que puede pertenecer a otro (y por esto es de otro) y que participa de la razón en cuanto puede percibirla, pero sin tenerla en propiedad”²³¹.

“Por proletarios se comprende la clase de los trabajadores asalariados modernos, que, privados de medios de producción propios, se ven obligados a vender su fuerza de trabajo”²³².

“Nos enfrentamos con la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda. Está claro que nada podría ser peor”²³³.

²³⁰ NOUGIER, Louis-René. “La prehistoria”. En: PARIAS, Louis-Henri. “Historia General del Trabajo”. México, tomo I, Ediciones Grijalbo, traducción de Joaquín Ro

²³¹ ARISTÓTELES. “Ética Nicomaquea. Política”. México, Harla, 1990, pp. 1994

²³² Nota de Federico Engels a la edición inglesa de 1888 del “Manifiesto del Partido Comunista”. V. MARX, Carlos y ENGELS, Federico. “Obras Escogidas”. Moscú, Editorial Progreso, tomo I, 1976, p. 111.

²³³ ARENDT, Hannah. “La condición humana”. Buenos Aires, Ediciones Paidós, traducción Ramón Gil Novales, 2009, p. 17.

I. INTRODUCCIÓN

Habiendo justificado en el capítulo I de esta tesis que los principios laborales son normas jurídicas y que su estructura corresponde a la de ser mandatos de optimización, pasamos ahora a fundamentar el sentido de la categoría empleo, pues, como es lógico, si hemos de probar dogmáticamente la existencia del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno, resulta necesario esclarecer tal término, máxime, cuando se tiene presente que nuestro Derecho del Trabajo no define expresamente la palabra o categoría empleo²³⁴, realidad jurídica positiva que nos obliga metodológicamente a su determinación.

En efecto, no existe en el ordenamiento jurídico laboral chileno una definición constitucional, legal o reglamentaria de empleo. Puesto que no existe tal definición, necesariamente para la configuración dogmática del principio de protección a la fuente del empleo, deberemos inferirla sistemáticamente de los enunciados normativos que componen el ordenamiento jurídico laboral. Porque si no disponemos de una conceptualización del término empleo, resultará metodológicamente ineficaz cualquier intento por justificar o configurar dogmáticamente el principio de protección a la fuente del empleo, ya que faltará uno de los elementos que lo conforman.

A continuación presentamos nuestra conceptualización jurídica laboral del empleo.

II. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA, ANTROPOLÓGICA Y JURÍDICA AL CONCEPTO DE EMPLEO

Históricamente, la relación jurídica y social que referimos con el término empleo, es la forma de trabajo superadora de la esclavitud, la servidumbre y otras subespecies de vasallaje; del trabajo corporativo y de cualquier otra forma de trabajo que no pueda desarrollarse con plena libertad e igualdad jurídicas²³⁵.

²³⁴ Tampoco se define el término o categoría jurídica trabajo.

²³⁵ Para una reconstrucción sociológica, histórica y jurídica del trabajo, v. ALONSO GARCÍA, Manuel. "Derecho del Trabajo". Barcelona, José M. Bosh, 1960, pp. 167; ALONSO OLEA, Manuel. "Introducción al Derecho del Trabajo", *op. cit.*, 199; BORRAJO DACRUZ, Efrén. "Introducción al Derecho del Trabajo". Madrid, Tecnos, 19ª ed., 1999; CABALLERAS DE TORRES, Guillermo. "Compendio de Derecho Laboral". Buenos Aires, Editorial Heliastra, 3ª ed., 1999; LEZAMA ENRIQUETA, Francisco. "Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo". Madrid, Tecnos, 2009; MONTOYA MELGAR, Alfredo.

El empleo es una forma de trabajo. Por consiguiente, y dado que para definir el empleo primero hemos de saber qué es el trabajo, resulta plausible proponer como punto de partida argumental, un concepto general de trabajo, para así ir aproximándonos al objeto de estudio.

Conceptualizando genéricamente desde una perspectiva contemporánea de la teoría de la evolución²³⁶, en esta tesis se entiende por trabajo la actividad humana, manual y/o intelectual que, transmitiéndose de generación en generación, transforma utilitariamente el orden natural de la materia con el fin de producir satisfactores de necesidades, denominados genéricamente bienes²³⁷.

También merece ser destacado que el trabajo, desde sus orígenes, es la base organizativa de todo orden social, de modo tal, que, cualquier cambio en el orden laboral, genera cambios y modificaciones en la estructura global de la existencia humana. Esa es la conclusión que se puede extraer de la monumental “Historia General del Trabajo” dirigida por Louis-Henri Parias²³⁸, en la cual se estudia el trabajo desde la prehistoria del hombre

“Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 29ª edición. PARIAS, Louis-Henry (dirigida *et al.*). “Historia General del Trabajo”, México-Barcelona, Ediciones Grijalbo S.A., 4 tomos, trad. Joaquín Romero Maura, 1965; RAMÍREZ BOSCO, Luis, SALA FRANCO, Tomás y RASO DELGUE, Juan. “El Derecho del Trabajo”, en: ACKERMAN E. Mario (director) y TOSCA, Diego M. (coordinador). “Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I Teoría General del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 140; SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María. “Trabajo, empleo y cambio social”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; WALKER LINARES, Francisco. “Nociones elementales de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Nascimento, 1957, pp. 138.

²³⁶ Para una visión en profundidad de la evolución humana y dentro de ella, del trabajo y su significado en perspectiva antropológica: SOLER, Manuel, *et al.* (editor). “Evolución. La base de la biología”, España, Proyecto Sur Ediciones, 2002; STEFOFF, Rebecca. “Humans: an evolutionary history. Origins and first human”. New York, Marshall Cavendish Corporation, 2010; LEWIN, Robert and FOLEY, Robert A. “Principles of human evolution”. Oxford, by Blackwell Science Ltd. by Blackwell Science Ltd, 2004; THE CAMBRIDGE ENCYCLOPEDIA OF HUMAN EVOLUTION, 1992.

²³⁷ Dicho concepto de trabajo también corresponde en parte a lo que Manuel Alonso Olea, una de las voces jurídicas laborales continentales más autorizadas, define como trabajo productivo, cuya característica “esencial reside en que el hombre que trabaja pone su esfuerzo teniendo como finalidad próxima la obtención a través de este de los materiales, de los bienes económicos, de que necesita para subsistir”, v. ALONSO OLEA, Manuel. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, 4ª edición, 1981, p.

más adelante, es el trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena. La dependencia o subordinación, considerada por otros autores como característica definitoria del trabajo objeto del Derecho del Trabajo, Alonso la distingue como una consecuencia de la ajenidad, “porque los frutos, en el trabajo por cuenta ajena, pertenecen originariamente a persona distinta a la que trabaja, esta se reserva una potestad de dirección o de control sobre qué frutos deben ser producidos, y cómo, cuándo y dónde deben producirse los mismos; y en caso usual hoy de frutos complejos resultado de un trabajo cooperativo, la potestad de coordinar la producción de cada trabajador con la de los restantes” (p. 47).

²³⁸ HISTORIA General del Trabajo *et al.*, 1965.

hasta la civilización industrial.

Otra de las conclusiones relevantes que es posible advertir en la obra de Parias, en capítulo escrito por Nougier, es que, también desde sus orígenes, y puesto que en él afloran las diferencias manuales e intelectuales de los ejecutantes, el trabajo “crea una jerarquía social (...) rápidamente, la jerarquía de los trabajadores se enriquece (...) Así, desde el más lejano origen, brota la diversidad de las ocupaciones humanas: el que recoge, el que crea la herramienta, el que la utiliza. La organización del trabajo es pronto compleja, como son varias las condiciones del trabajo y diversas la sujeción y el género de vida de los trabajadores”²³⁹.

Por consiguiente, y dado que en su génesis plantea el problema del reparto de las tareas, el trabajo llevaría implícito un principio básico de diferenciación social por clases de trabajadores. Este fenómeno contribuirá en algún momento a generar el problema del reparto de los frutos del trabajo y a la estructuración de la sociedad en clases o grupos sociales.

Pues bien, sobre la base de las ideas anteriormente expuestas, en esta tesis también se conceptualizará el trabajo, como una relación social fundante de lo humano, cuyo desenvolvimiento y desarrollo, endógenamente, ha generado diferenciaciones sociales; fenómeno que ha influido en la estructura de las sociedades en términos tales que es posible sugerir que un cambio en la relación social de trabajo generaría variaciones en la estructura global de la sociedad por ser aquella un principio diferenciador básico²⁴⁰; idea que no niega la posibilidad teórica de pensar que la relación entre trabajo y estructura de la sociedad, también pueda ser dialéctica en el sentido que ambos fenómenos no se desarrollan en forma aislada,

²³⁹ NOUGIER, Louis-René. “La prehistoria”, *op. cit.* 9.1A propósito del trabajo en la sociedad primitiva, y reflexionando a partir Krader, Berdichevsky, escribe: “La relación de trabajo en la sociedad tribal es directa e inmediata. Las gentes trabajan los unos para otros y la producción de bienes de uso no está separada de los bienes para intercambio. La división del trabajo, en virtud de las diferencias de sexo, edad, salud o fuerza, en este contexto no es, por lo tanto, una división mediata, social del trabajo, sino que una división del trabajo inmediata, natural, directa”, v. BERDICHEWSKY, Bernardo. “Antropología Social: Introducción. Una visión global de la sociedad”, Santiago, LOM Ediciones, 2002, p. 147.

²⁴⁰ Merece destacarse que, con importantes fundamentos etnográficos, Marvin Harris (1927-2001), en un intento por dotar a la antropología de una estrategia de explicación materialista cultural de la evolución del hombre, propone considerar el principio del determinismo tecnoecológico y tecnoeconómico. “Este principio sostiene que tecnologías similares aplicadas a medios similares tienden a producir una organización del trabajo similar, tanto en la producción como en la distribución, y esta a su vez en agrupamientos sociales de tipo similar, que justifican y coordinan sus actividades recurriendo a sistemas similares de valores y creencias”, v. HARRIS, Marvin. “El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura”. Madrid, Editorial Siglo XXI, 1968, p. 3.

sino operan influenciándose mutua y recíprocamente²⁴¹.

En posesión ya de una conceptualización del trabajo, volvamos ahora sobre el empleo. Siendo la forma normativa jurídica típica de trabajo de la época fordista del capitalismo²⁴², el empleo ha evolucionado y sigue evolucionando lo mismo que el sistema capitalista de producción. Los razonamientos que exponremos más adelante deberían contribuir a la comprensión del empleo como una relación jurídica que, en su formulación actual que combina protección al trabajador con protección a la fuente del mismo (esto es, y en última

²⁴¹ El esclarecimiento y fundamentación de la dialéctica del trabajo supera los límites trazados a esta tesis. Sin embargo, hacemos presente que nos inclinamos más por una fundamentación general desde la vertiente del entendimiento de la dialéctica como síntesis de opuestos, v. ABBAGNANO, Nicola. “Diccionario de Filosofía”, *op. cit.*, p.

estructura social que no puede sino ser también normativa, pues lo normativo no está fuera de la sociedad. El ordenamiento jurídico, dice Alonso Olea, citando a M. van de Ven, en suma, “forma parte de la totalidad de la cultura”; no es un plano superimpuesto sobre la realidad social”, ALONSO OLEA, Manuel. “Introducción al Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p.

normatividad, queda claramente expuesta por Alonso Olea cuando dice que el derecho basándose en la realidad, también la modula, cuestión que puede apreciarse “en la transformación social operada sobre el esclavo transformándolo en persona-sujeto desde un estadio previo de cosa objeto”, *ibídem*, p.

el Derecho no es una superestructura que se contente con dar forma a una materia que le venga dada (...) el Derecho es, en sí mismo, una fuerza social operante que modula los cambios, los acelera o los retrasa...” (*ibídem*, p.

Entonces bien, “aun admitido que la norma reposa en la realidad (...) su regulación refluye sobre esta, modulándola y robusteciéndola, o debilitándola, integrándose en ella en un *factum* de realidad jurídica normada cuyos dos elementos son ya inseparables”, *ibídem*, p. 19.

²⁴² El fordismo puede ser definido como el sistema predominante de organización social de la producción del capitalismo del siglo XX, sobre todo el desarrollado en EE.UU. y Europa Central y, por cierto, con experiencias o desarrollos asimétricos en el resto del mundo. Se posiciona históricamente entre 1930-1975 (su momento de mayor esplendor), y se lo caracteriza por la irrupción de la producción en masa estandarizando productos y servicios; por la complementariedad entre la producción masiva y el consumo masivo; la intensificación y racionalización de la producción y el aumento constante de la productividad, todo esto, por cierto, sustentado en un contexto institucional democrático garante de la estabilidad económica social, v. KÖHLER, Holm-Detlev y MARTÍN, Antonio. “Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales”. Madrid, Delta Publicaciones, 2005, pp.

ZINCKE, Claudio. “La transformación de la empresa chilena”. Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2005, pp.

24. El paradigma fue teóricamente formulado por un grupo de ingenieros, gerentes y contadores que adquirieron el nombre de “movimiento de los sistematizadores”, por el énfasis declarado en poner fin al caos e improvisación en la organización industrial. Frederick Wislow Taylor (1856-1915) se convirtió en el máximo representante de dicho movimiento. Su obra maestra se llamó “Management científico” (1911). Las ideas de Taylor sobre gestión empresarial fueron aplicadas y desarrolladas por Henry Ford y Alfred Sloan, directores de Ford Motor Company y de General Motors, respectivamente. El ejemplo histórico de tal sistema de producción fue el automóvil modelo T Ford. El tiempo necesario para la producción del coche se redujo de 12,5 horas en 1908 a 93 minutos en 1914; mientras el precio pasó de 850 dólares, en 1908 a 290, en 1924, v. KÖHLER, Holm-Detlev y MARTÍN, Antonio. “Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales”, *op. cit.*, pp.

El modelo también importaba elevar el nivel adquisitivo de los obreros, para que así pudieran consumir los mismos productos que fabricaban. Henry Ford populariza el salario “five dollar day” por 8 horas de trabajo al día, implementada en enero de 1914 que fue un salario muy superior al promedio de la época. Y puesto que los nombres de Ford, Taylor y Sloan están indisolublemente ligados a la génesis y posterior desarrollo de la forma de organización del trabajo del paradigma aludido, es que también se conoce como paradigma de la producción en masa Taylorista-Fordista-Sloanista. Habiendo comenzado en la industria automotriz y mecánica, esta forma de organización del trabajo será el modelo racionalizador del capitalismo predominante del siglo

de que se trata de modelos o tipos ideales cuyas concreciones y aproximaciones históricas varían cualitativa y cuantitativamente, v. RAMOS ZINCKE, Claudio. “La transformación de la empresa chilena”, *op. cit.*, p. 9.

□298. Esta premisa

□7). Puntualiza: “(.

□8).

□XX, que se irradian

instancia, al orden económico-social capitalista), se ha erigido en una de las instituciones jurídicas necesarias de un Estado que se orienta hacia el desarrollo de mejores y mayores niveles de igualdad material.

El Derecho del Trabajo clásico puede ser comprendido como el ordenamiento jurídico laboral del sistema fordista de producción capitalista.

La constitución óptica-jurídica que realiza el Derecho del Trabajo del trabajador y del empleador y, ciertamente, de la relación jurídica laboral, en perspectiva, puede ser vista como la culminación de un lento proceso de dignificación del trabajo por cuenta ajena prestado en condiciones de libertad, en donde la regulación jurídica del trabajo pasa a ser un pilar central de la estructura de la sociedad.

En la época fordista del capitalismo se consolida la distinción entre trabajo y empleo. El trabajo es el género que engloba el conjunto de las actividades humanas manuales y/o intelectuales, que transforman utilitariamente el orden natural de la materia con el fin de producir satisfactores de necesidades, denominados genéricamente bienes y servicios. Y el empleo, una especie de trabajo, prestado por cuenta ajena y en condiciones de subordinación, sujeto a regulaciones jurídicas de protección y dignificación que generan su paulatina desmercantilización.

La sociedad fordista se estructurará en función del empleo en términos tales que este pasará ser norma de vida. No requiere una fundamentación muy compleja la afirmación relativa a que la educación y el aprendizaje social están orientados hacia el cumplimiento de la normatividad psico-social del empleo. No debería resultarnos dificultoso convenir, por tanto, en que la sociedad está organizada de forma tal, que, mayoritariamente, se participa de los beneficios de ella, en la misma medida que se tiene un empleo.

Los lazos de solidaridad y comunicación social, así como la estructuración de agrupamientos humanos, también vienen determinados por el empleo. La ubicación que la persona tiene en la escala de los empleos, determina su lugar en la estratificación de clases de la sociedad y, por tanto, en la cultura y sistema de creencias. Así, el empleo ha devenido en el principal medio de inclusión en las sociedades actuales, pues la pérdida del empleo, en gran medida, se traduce en un deterioro de la condición humana. No en vano, la sociedad capitalista de la época fordista o postfordista, ha sido definida como una sociedad salarial, para referir la idea de una sociedad estructurada sobre una relación social que considera principal, a saber: la

relación salarial, de empleo y/o jurídica laboral²⁴³.

Pero la sociedad salarial está en crisis. La situación actual –escribe Castel– “está marcada por una conmoción que recientemente ha afectado a la condición salarial: el desempleo masivo y la precarización de las situaciones de trabajo, la inadecuación de los sistemas clásicos de protección para cubrir estos estados, la multiplicación de los individuos que ocupan en la sociedad una posición de supernumerarios, ‘inempleables’, desempleados o empleados de manera precaria, intermitente. Para muchos, el futuro tiene el sello de lo aleatorio”²⁴⁴.

O, como ha dicho Hannah Arendt, “nos enfrentamos con la perspectiva de una sociedad de trabajadores sin trabajo, es decir, sin la única actividad que les queda. Está claro que nada podría ser peor”²⁴⁵.

El desempleo, como lo hemos justificado en la introducción de esta tesis, es, sino el más importante, uno de los principales problemas del mundo actual.

Porque el empleo es un bien escaso e inestable²⁴⁶. Cuando las tasas de desempleo suben, resulta muy difícil recuperar sus niveles óptimos. Por otra parte, el desempleo es un factor de injusticia social y de inestabilidad social y amenaza de la paz, porque en el trabajo no solo están en juego elementos objetivos (sobrevivencia, reproducción), sino que también factores subjetivos: el trabajo es factor de constitución de identidad de las personas. Así, quien no trabaja pierde en cierta forma su condición de persona: de sujeto ligado y vinculado al mundo. Desligados del trabajo asalariado, las personas y sus familias pierden capacidad psicológica y material de desarrollar una vida social digna. Los estudios de campo de Paul Lazarsfeld, Marie Jahoda y Hans Zeisel, sobre los desempleados y/o parados de Marienthal²⁴⁷, muestran

²⁴³ Una interesante síntesis del proceso histórico y sociológico del trabajo al empleo en: KÖHLER, Holm-Detlev y MARTÍN, Antonio. “Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales”, *op. cit.*, pp. 4-31.

²⁴⁴ CASTEL, Robert. “Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado”, Buenos Aires, Paidós, 1ª edic., 5ª reimp., traduc. Jorge Piatigoroky, 2009, p. 13.

²⁴⁵ ARENDT, Hannah. “La condición humana”, *op. cit.*, p. 17.

²⁴⁶ ALONSO OLEA, Manuel. “El trabajo como bien escaso”, Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España, N° 33, p. 13. http://www.mejss.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio1.pdf [consulta: 20 febrero 2012].

²⁴⁷ KÖHLER, Holm-Detlev y Antonio MARTÍN. “Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 229 El “Estudio de los parados de Marienthal” es una investigación clásica de la sociología del trabajo. Data de 1931, y se realizó en la localidad de Marienthal, Austria. La narrativa es la

que la tesis de la centralidad del trabajo no ha perdido fuerza, y que hay buenas razones para seguir manteniéndola, a pesar de las tesis del fin del trabajo²⁴⁸.

La complejidad del problema descrito ha movido a las sociedades a generar reorientaciones de sus sistemas jurídicos laborales en términos que estos manifiesten de una forma más clara y categórica, a nivel del derecho positivo, objetivos de eficiencia económica en armonía con los clásicos de justicia social y protección al trabajador. Porque lo que está en juego con la crisis de la sociedad salarial, es la estabilidad y equilibrio global de la sociedad capitalista. No realizar las reformas regulatorias europeas en las últimas décadas del siglo XX, habría significado el colapso del sistema y el ingreso a una etapa de incertidumbre y caos social. El paso de un Derecho del Trabajo unidireccional, que solo tiene por fin la protección al trabajador, a uno bidireccional (o postmoderno) que concilia protección al trabajador o justicia social, con eficiencia económica o protección a la fuente del empleo, es la etapa evolutiva²⁴⁹ actual de nuestra disciplina, que ha permitido mantener vigente, con cambios y

siguiente: cuando tenían trabajo, a los habitantes Marienthal les faltaba el tiempo para otras actividades. Si lograban participar de ellas, cobraban un sentido existencial enriquecedor. Después de un tiempo, ahora desempleados y aún cuando gozan de subsidios, se modifica el ritmo de sus vidas: los domingos y días de fiesta han perdido toda significación, lo mismo que las actividades que, cuando tenían empleo, deseaban realizar. “La nueva situación ya no se integra en el esquema temporal preexistente: a un mundo más pobre en acontecimientos y en estímulos corresponde una percepción más empobrecida del tiempo” (ibídem, p. 22). Existe una ecología del estudio: LAZARSFELD, Paul, JAHODA, Marie y ZEISSEL, Hans. “Los parados de Marienthal: sociografía de una comunidad golpeada por el desempleo”. Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1996.

²⁴⁸ El inicio sistemático del debate sobre el fenómeno de denominado fin del trabajo o fin de la sociedad del trabajo, puede ser situado en el XXI Congreso Alemán de Sociología en 1982. En aquel evento, Claus Offe describió la crisis de la sociedad del trabajo como un proceso signado: a) por la creciente diversificación y pluralidad de las formas del trabajo eliminando su carácter unitario y descomponiendo las categorías trabajador o empleado; b) la disminución del peso de la jornada laboral en el tiempo vital, y c) la consecuente pérdida de centralidad del trabajo en la vida de la gente v. DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. “Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales”, op. cit., t. 4, p. 41. De la misma línea exportan una perspectiva apocalíptica o radical, como André Gorz (“Crítica de la división del trabajo”, 1977; “Metamorfosis del trabajo: búsqueda de sentido”, 1995; “Miserias del presente, riqueza de lo posible, 1998); y, Jeremy Rifkin (“El fin del trabajo: nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”, 1997). Un resumen de las críticas a la tesis del fin del trabajo, en: DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. “Fin del trabajo o trabajo sin fin”. En su “Tratado latinoamericano de sociología del trabajo”. México, FCE, 1ª ed., 1993, pp. 755-763.

²⁴⁹ Sobre esta nueva etapa evolutiva del Derecho del Trabajo, muy recientemente OJEDA AVILÉS ha descrito las bases de dicha posmodernidad en su libro “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”: “El reflujó de la crisis de 2008 nos ha traído a la memoria las poderosas ideas de K. POLANYI y su premonición, efectuada al término de la Segunda Guerra Mundial, de que el libre mercado era una utopía que nunca existió, porque le debió su supervivencia a las repetidas intervenciones moduladoras de los poderes públicos. Enlazan estas ideas con el paradigma que considero de futuro, y que ya ha cumplido varias décadas en, para nuestra sorpresa, Estados Unidos: allí, en el ámbito de las relaciones industriales, en estrecho contacto con los estudios de campo y las realidades del trabajo humano, los expertos han elaborado la teoría que hoy estimo prevalente en nuestros lares a la vista de los resultados de este libro: la regulación del trabajo por cuenta ajena debe perseguir, no uno, sino dos objetivos igualmente importantes, que son la equidad y la eficiencia. *Efficiency and Justice*, en palabras de BARBASH, Jack, eficiencia empresarial y justicia laboral, nada tienen que ver con panaceas como la de la flexiseguridad, y dan cumplida cuenta de las sinergias a las que debemos hacer frente en las próximas décadas, en el sentido de que no puede haber un avance económico que no cuente con el factor humano, ni tampoco a la inversa, un avance social que

reformas, la sociedad salarial.

III. CONCEPTO Y CONCEPCIÓN DEL EMPLEO EN ESTA TESIS Y SU JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA JURÍDICA LABORAL

Para arribar a nuestra concepción dogmática de empleo, utilizaremos como marco conceptual de referencia una perspectiva de la idea de Estado Social de Derecho o Estado promocional (Bobbio), en función de la cual es posible obtener la concepción jurídica laboral de empleo que se utilizará en esta tesis.

Sobre la base de lo precedentemente expuesto, y teniendo como base positiva del argumento el artículo 1º de la CPR, conceptualizaremos el Estado Social de Derecho como un ordenamiento jurídico y político de la sociedad, en donde el derecho impera en función de “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” y de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

En la doctrina, se ha fundamentado que la Constitución Política de la República de Chile recepciona la idea de Estado Social Derecho, ya que las bases de la institucionalidad le asignan al Estado un rol activo en la orientación de la vida social y económica, creando el marco institucional para que este promueva el bienestar en la sociedad. No se trataría, por tanto, de un Estado Liberal de Derecho, concentrado solo en las libertades negativas, sino de un Estado constituido bajo una cierta concepción de cómo debe conseguirse el bienestar, al cual se le ordena *ab initio* que asuma un rol activo y positivo en dicha tarea de configuración normativa de la sociedad en pos del bien común removiendo los obstáculos que impiden a las personas

no tenga en cuenta las repercusiones económicas (...) Un dualismo que los británicos, a partir de FLANDERS y CLEGG, tradujeron de manera más confusa como el modelo de relaciones industriales pluralistas. Son ideas aparentemente obvias, que sin embargo chocan una y otra vez con las antiguas ideas monocromáticas de la lucha de clases, de suma cero, en boca de líderes empresariales o sindicales y en declaraciones maximalistas de reformas legales; no podemos negar que la lucha de clases existe, y algunos pronunciamientos lo atestiguan, pero la conclusión de estas décadas que analizamos consiste justamente en la enseñanza de un “nuevo” método en donde los factores a considerar son siempre dos, y, todavía más importante, que la dialéctica entre ellos no conduce a la victoria de una parte sobre otra, sino a un ajuste siempre frágil y evolutivo de los intereses en presencia”. v. OJEDA AVILÉS, Antonio. “La deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 209

realizarse espiritual y materialmente²⁵⁰.

El Derecho del Trabajo es una manifestación de tal mandato configurador constitucional. La regulación jurídica del trabajo que esta rama de derecho impone a las personas, muestra expresa e implícitamente una concepción de las relaciones jurídicas laborales en función del bien común, valor éste cuya promoción es deber esencial del Estado. En este orden de ideas, la categoría jurídica empleo es el resultado de un proceso evolutivo que encuentra en el ideal normativo del Estado Social de Derecho su fuente generatriz, pues en esa especie de ordenamiento constitucional, el empleo es concebido como un medio

²⁵⁰ Así Cea Egaña, con su tesis de la Constitución plena y el Estado Social de Derecho como fórmula jurídica-política de la democracia social, v. CEA EGAÑA, José Luis. “Tratado de la Constitución de 1980. Características Generales. Garantías Generales”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988. En especial “Segunda Parte. Dogmática Constitucional. Capítulo V. Garantías Constitucionales en el Estado Social de Derecho”, pp. 79-91. Dice este autor: “El Estado Social de Derecho es la fórmula jurídica-política coherente con la Democracia Social, desde que esta impulsa al primero a remover los obstáculos constrictivos del progreso humano, tornando más reales las oportunidades para el igual y libre desarrollo de todos los hombres y de todo hombre, palabras de Paulo VI. Es la interacción cooperativa o solidaridad, no el individualismo ni el colectivismo, la idea matriz de la democracia social, pluralista y gobernante. Es la justicia distributiva y protectora la que adquiere primacía sobre la justicia conmutativa. Es el Estado subsidiario no el guardián liberal ni el totalitario, el que se aviene con ella”, v. *ibídem*, p. 85. Retomando la idea de Herman Heller sobre Constitución viva por ser vividas en su Parte Dogmática, por lo mismo, abiertas a los cambios sociales, Cea Egaña ha seguido profundizando sobre la configuración del Estado Social de Derecho en Chile, con especial atención al rol que le cabe a la jurisprudencia constitucional en dicho proceso, v. CEA EGAÑA, José Luis. “Estado Social y Justicia Constitucional”. Santiago, Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 41, 2009. Asimismo, en la última edición de su Derecho Constitucional Chileno, ratifica su noción de democracia social, v. CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo II”. Santiago, Ediciones UC, 2ª edición actualizada, 2012, pp. 57-62. Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que recoge la idea de Constitución viviente, v. PEÑA TORRES, Marisol. “La idea de la Constitución viviente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: PEÑA TORRES, Marisol. “Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la Democracia”. Santiago, Tribunal Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 47, 2011, pp. 37-51. Desde la perspectiva del denominado Estado Constitucional de Derecho, también se ha contribuido al fortalecimiento de la idea del Estado Social de Derecho en Chile, v. BASSA MERCADO, Jaime. “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales”. Santiago, LexisNexis, 2008. Para una visión escéptica y más bien prospectiva, v. ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Reformas constitucionales para un Estado Social y Democrático de Derecho”. Santiago, Colección Ideas, Año 4, N° 33, julio 2003. Destacamos también tres interesantes memorias de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales: BELMAR, Francisco. “El Estado social de Derecho en el Constitucionalismo nacional y comparado”. Pontificia Universidad Católica de Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 1986; SOLARI ALLIENDE, Enzo. “El Estado Social de Derecho y su recepción en Chile”. Valparaíso, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso. Discrepando de la tesis de Solari, quien justifica la recepción de noción de Estado Social de Derecho en Chile, se pronuncia: HIDALGO ACUÑA, Mario Esteban. “Chile ¿Estado Social de Derecho? Una propuesta progresista”. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 1996. Por otra parte, no puede soslayarse que el Tribunal Constitucional ya reconoce y aplica expresamente la idea de Estado Social de Derecho, por lo menos, desde la sentencia Rol 976-07 INA, sobre el Artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. Todo el fallo gira en torno a la idea de los derechos sociales y Estado Social de Derecho como ejes normativos constitucionales básicos de la institucionalidad chilena. E incluso en el Considerando 29, dice el fallo: “Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”.

privilegiado para fomentar el desarrollo de las personas y la integración social, pues dignifica el trabajo humano, cuestión que el Estado Liberal no consideró, toda vez que las relaciones jurídicas laborales fueron objeto de regulación civil, bajo la utopía de la igualdad formal.

En suma, el argumento que proponemos es el siguiente: es deber del Estado promover el bien común. Para cumplir con este mandato, el Estado crea las condiciones para que las personas puedan desarrollar al máximo sus potencialidades materiales y espirituales pero, ciertamente, propendiendo hacia la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. En este orden institucional, la regulación de las relaciones jurídicas laborales, deben ser entendidas como estructuras normativas que tienen por objeto contribuir al cumplimiento de los fines de bien común del Estado, pues a lo que apuntan es a la integración armónica de la sociedad, por la vía de revalorizar el trabajo como empleo, esto es, como prestación personal de servicios materiales o inmateriales protegida y regulada en función del bien común.

El ordenamiento jurídico laboral chileno recepciona y desarrolla una concepción de empleo en la línea evolutiva del Estado Social de Derecho. Dicho esto, se presenta la configuración dogmática del empleo.

1. CONCEPCIÓN DOGMÁTICA JURÍDICO LABORAL DE EMPLEO

No existe en la Constitución Política de la República ni en la legislación chilena, una definición expresa de trabajo o de empleo. Por consiguiente, la configuración dogmática del término, resulta un paso obligado en la fundamentación.

Analizado globalmente el ordenamiento jurídico laboral chileno, puede definirse el empleo del siguiente modo: toda prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, en virtud de un contrato de trabajo, por cuyo efecto se recibe a cambio una contraprestación denominada remuneración; en el contexto de un mercado de trabajo regulado por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias que reconocen una relación virtuosa entre calidad de empleo y desarrollo económico.

La conceptualización de empleo precedente, se compone de seis elementos:

- a) Trabajo manual o intelectual de una persona natural.
- b) Realizado por cuenta ajena y bajo dependencia de otra, sea esta natural o jurídica.

- c) En virtud de un contrato de trabajo.
- d) A cambio de una remuneración.
- e) En el contexto del mercado de trabajo
- f) Regulado por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias que reconocen una relación virtuosa entre calidad de empleo y desarrollo económico.

Esta conceptualización del trabajo se infiere directamente del ordenamiento jurídico laboral chileno.

2. JUSTIFICACIÓN DOGMÁTICA JURÍDICA LABORAL DE LA CONCEPCIÓN DE EMPLEO

Nuestra idea dogmática de empleo se elucidará sobre la base de la revisión de algunas normas de la Constitución Política y Código del Trabajo y sus leyes complementarias, como asimismo, del Derecho Internacional Público del trabajo.

2.1. Constitución Política de la República: artículo 19 N° 16

El artículo 19 N° 16 de la Constitución ha sido reconocido muy recientemente por la jurisprudencia del TC, “no se limita solo a garantizar las libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de la libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de este y que pueden exigirse del Estado”²⁵².

El citado pronunciamiento lo realizó el TC, a propósito del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por don Gerardo Mena Edwards, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante respecto del artículo 6 Bis del Código del Trabajo²⁵³, en los autos laborales RIT 103-10-T.L., sobre denuncia de tutela de derechos

²⁵¹ Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 16. La libertad de trabajo y su protección.

²⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 11.850-26 de julio de 2011, considerando sexto, ejemplar digital.

²⁵³ Art. 26 bis. El personal que se desempeñe como chofer o auxiliar de los servicios de transporte rural colectivo de pasajeros se regirá por el artículo precedente. Sin perjuicio de ello, podrán pactar con su empleador una

fundamentales y cobro de prestaciones e indemnizaciones, sustanciados ante el Segundo Juzgado de Letras de Talagante.

El TC declaró inaplicable en la gestión judicial pertinente la parte del artículo 26 bis del Código del Trabajo que señala que las esperas que corresponde cumplir entre turnos laborales sin realizar labor no serán imputables a la jornada laboral, por contravenir la garantía constitucional del artículo 19 N° 16 de reconocimiento que todo trabajador debe gozar de condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida²⁵⁴; condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo que el artículo 26 del Código del Trabajo negaba a los trabajadores choferes o auxiliares de los servicios de transporte rural colectivo, pues liberaba *a priori* al empleador de remunerar el tiempo que a él le dedicaban sus trabajadores cuando estaban en turnos de espera, en circunstancias que el derecho del trabajador a estar sujeto a una jornada diaria razonable de trabajo, al descanso y a disponer libremente de su tiempo libre, se encuentran expresamente contemplados en diversos tratados internacionales de derechos humanos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° de la CPI complementan la garantía constitucional en análisis.

La actual comprensión de la garantía del artículo 19 N° 16 de consiguiente, permite sostener que el trabajo es una actividad fundamental de la sociedad inseparable de la persona que la realiza y que, por lo mismo, debe ser protegida en sí misma por la trascendencia que tiene para el desarrollo de la sociedad.

Tal concepción del trabajo y/o empleo manifiesta la idea de desarrollo económico y social que la CPR promueve, la cual implica considerar el trabajo como un eje central de nuestra institucionalidad, que el Estado debe proteger, pues así se permite e incentiva la más

jornada ordinaria de trabajo de ciento ochenta horas mensuales distribuidas en no menos de veinte días al mes. En ambos casos, los tiempos de descanso a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. En ningún caso los trabajadores podrán conducir por más de cinco horas continuas. Se entenderá como servicios de transporte rural colectivo de pasajeros, aquellos que cumplan con los requisitos que determine reglamentariamente el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

²⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 185.026 de julio de 2011, considerando séptimo, ejemplar digital.

plena realización espiritual y material de los integrantes de la comunidad nacional, cuestión que contribuye al bien común.

Estimamos jurídicamente incontrovertible que la interpretación de las leyes laborales no puede ignorar la concepción más general que viene impuesta por la lectura constitucional precedentemente realizada, dado el valor jurídico de los fallos constitucionales (sede de inaplicabilidad) en el ordenamiento jurídico chileno.

2.2. Código del Trabajo y leyes complementarias

El artículo □ 1° del Código
empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”.

La imperatividad del enunciado normativo es clara y directa en cuanto a demarcar el ámbito de aplicación del Código y sus leyes complementarias, no ofreciendo mayores dudas hermenéuticas a la dogmática jurídica laboral²⁵⁵. La imperatividad del Código del Trabajo y sus leyes complementarias se extiende a las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores.

El Código del Trabajo y sus leyes complementarias, como se decía más atrás, no definen directa y expresamente la categoría jurídica trabajo y/o empleo. Sin embargo, es posible extraerla dogmáticamente a partir de las definiciones que, en el artículo □ 3°, realiza de
empleador y trabajador; definiciones que no pueden ser soslayadas por el intérprete, pues el mandato hermenéutico del artículo □ 20 del Código
primeramente por la definición legal del término²⁵⁶.

Artículo 3°. Para todos los efectos legales se entiende por:

- a) empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo,

²⁵⁵ Para una visión panorámica y actualizada de la jurisprudencia del Código del Trabajo, puede consultarse: THAYER ARTEAGA, William. “Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

²⁵⁶ “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.

En su sentido natural y obvio, trabajador es la persona que trabaja²⁵⁷. Y trabajo es la acción y efecto de trabajar²⁵⁸. Luego, de la lectura de la definición legal de trabajador es posible concluir que trabajo (o empleo), es la actividad que realiza un trabajador. Y esta actividad consiste en la prestación de servicios personales, intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, a cambio de la cual recibe una contraprestación denominada remuneración.

Esta aproximación hacia la conceptualización de trabajo y/o empleo, se refuerza con la definición legal de empleador que, por cierto, es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios materiales o intelectuales que le son prestados por uno o más trabajadores. Y se complementa con la definición de contrato individual de trabajo contemplada en el artículo 7° del Código del Trabajo²⁵⁹, en que se reitera que el trabajador se obliga a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador, y éste a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

El análisis presentado hasta ahora permite concluir que los elementos a), b), c) y d) de la concepción dogmática de empleo que suscribimos, se encuentra plenamente recogida en nuestra legislación laboral.

Los elementos e) y f) de la concepción de empleo que ponen de manifiesto y reconocen que se trata de un fenómeno de mercado y por tanto también eminentemente económico, se deducen directamente de las disposiciones de la Ley N° 19.518, “Fija Capacitación y Empleo”²⁶⁰, una de las principales leyes complementarias del Código del Trabajo.

La citada ley, explícita y directamente, opera bajo la lógica jurídica y económica de

²⁵⁷ R.A.E., Diccionario de la Lengua Española, 21ª edic., 2006, p. 2203.

²⁵⁸ R.A.E., Diccionario de la Lengua Española, 21ª edic., 2006, p. 2204.

²⁵⁹ “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

²⁶⁰ Fecha de Publicación: 14.10.1997. Fecha de Promulgación: 10.09.1997 Organismo: MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Última Modificación: Ley N° 20.124 de 27.10.2006.

cesantes y los desempleados, pues de lo que se trata es fortalecer el mercado de trabajo incentivando el rápido reingreso de las personas que han salido de él por razones económicas.

Y es que la capacitación ocupacional es una de las principales herramientas que la legislación laboral contempla para mejorar las condiciones de vida y trabajo, y de desarrollo general para el país. Al respecto, conviene tener presente lo dispuesto por el artículo 179 del CT:

“Art. 179. La empresa es responsable de las actividades relacionadas con la capacitación ocupacional de sus trabajadores, entendiéndose por tal, el proceso destinado a promover, facilitar, fomentar y desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los trabajadores, con el fin de permitirles mejores oportunidades y condiciones de vida y de trabajo; y a incrementar la productividad nacional, procurando la necesaria adaptación de los trabajadores a los procesos tecnológicos y a las modificaciones estructurales de la economía, sin perjuicio de las acciones que en conformidad a la ley competen al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo y a los servicios e instituciones del sector público”.

2.3. Derecho Internacional Público del Trabajo

La justificación del empleo desde el derecho internacional público del trabajo reforzará los aspectos económicos y sociales de nuestra concepción de aquel, en cuanto a incluir en su estructura normativa mandatos genéricos de protección e incentivo a la relación virtuosa entre empleo y desarrollo económico. Vale decir, apunta a justificar el elemento f) de la concepción de empleo.

El argumento parte de la siguiente premisa: existen fundamentos económicos y políticos reconocidos expresamente por el derecho chileno del trabajo, para afirmar que la cantidad y calidad de empleos disponibles en una sociedad, es una especie de variable funcional de la paz, en términos tales que cuando mayor sea el desempleo o la pauperización de las condiciones de trabajo, más propensa estará la sociedad a generar condiciones de injusticia e inestabilidad, estancándose, como consecuencia de tal proceso, las posibilidades de desarrollo económico-social y estabilidad política. Por estas razones probadas por la historia, se protege el empleo y las condiciones que lo hacen posible, toda vez que aseguran la paz y la justicia social.

Este juicio se justifica dogmáticamente del siguiente modo:

- a) Chile es Estado miembro de la OIT desde su fundación en 1919²⁶³.

²⁶³ Chile adhirió a la OIT por Ley N°

- b) La OIT fue creada en 1919²⁶⁴, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, bajo “la convicción que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente”²⁶⁵.

La fuerza que impulsó la creación de la OIT fue guiada por consideraciones sobre seguridad, humanitarias, políticas y económicas. Al resumirlas, el Preámbulo de la Constitución de la OIT dice que las Altas Partes Contratantes estaban “movidas por sentimientos de justicia y humanidad así como por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo...”²⁶⁶.

En efecto, el espíritu fundacional de la OIT “reconocía la importancia de la justicia social para el logro de la paz, en contraste con un pasado de explotación de los trabajadores en los países industrializados de ese momento. Había también una comprensión cada vez mayor de la interdependencia económica del mundo y de la necesidad de cooperación para obtener igualdad en las condiciones de trabajo en los países que competían por mercados. El Preámbulo, al reflejar estas ideas, establecía”²⁶⁷:

- Considerando que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social;
- Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones;

Sanfuentes y el Ministro Luis Barros Borgoño (v. THAYER ARTEAGA, William. “Texto, Comentario y Jurisprudencia del Código del Trabajo”, *op. cit.*). En 1925, en el contexto de la visita de Albert Thomas, Director de dicho organismo, nuestro país promulgó los decretos que lo ponían a la par con las disposiciones aprobadas en las distintas Conferencias del Trabajo (v. YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos. “Chile y la organización internacional del trabajo (1919-1925): hacia una legislación social universal”. Revista de Estudios Históricos-Jurídicos; Valparaíso, N° 22, 2000). Desde el proyecto de Código del Trabajo del Presidente Arturo Alessandri Palma, año 1921, redactado por el que hoy es considerado el primer profesor de Derecho del Trabajo de Chile, Moisés Poblete Troncoso, Director de la Oficina del Trabajo; pasando por el primer Código del Trabajo chileno, el de 1931 (D.F.L. N° 178, de 13 de mayo, del Presidente Carlos Ibáñez del Campo), y hasta nuestros días, el legislador ha buscado expresamente armonizar sus normas con las de la OIT.

²⁶⁴ Parte XIII del Tratado de Versalles, “Organización Internacional del Trabajo” (artículos 387 al 399).

²⁶⁵ [En línea] <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Origins_and_history/lang-es/index.htm> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁶⁶ [En línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>> [consulta: 8 enero 2011].

²⁶⁷ *Ibidem*, supra.

- Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones.

Por otra parte, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia, Estados Unidos de Norteamérica, en su vigésima sexta reunión, adopta el día diez de mayo de 1944, la Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros²⁶⁸.

La Conferencia Internacional del Trabajo reafirmó los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes:

- el trabajo no es una mercancía;
- la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
- la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
- la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y

²⁶⁸ La Declaración de Filadelfia es parte integrante de la Constitución de la OIT v. [en línea] <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm#annex> [consulta: 8 enero 2011]. El Presidente Franklin D. Roosevelt consideró dicha Declaración como un resumen de las aspiraciones sociales de la humanidad. Resulta interesante recordar algunas de las palabras con las que el Presidente Roosevelt recibió, en la Casa Blanca, a los delegados de los diversos países a la Conferencia Internacional del Trabajo: “Creo con seguridad que las futuras generaciones la considerarán un referente en el mundo del pensamiento” (traducción libre del autor a partir del texto original en inglés: “*I confidently believe that future generation will look back upon in world thinking*”). v. [en línea] <<http://www.ilo.org/public/english/century/download/roosevelt.pdf>> [consulta 6 enero 2011]. Por último, y para la historia del derecho chileno del trabajo, recordemos a los miembros de la delegación chilena a la 26° Conferencia Internacional de Trabajo, Filadelfia, 1944: DELEGADOS GUBERNAMENTALES: Sr. BUSTOS LAGOS, Mariano, Ministro del Trabajo. Sr. GAJARDO VILLARROEL, Enrique, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Suecia. *Consejeros y delegados suplentes*: Sr. ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor, Jefe del Departamento Jurídico, Dirección General del Trabajo; Profesor Extraordinario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Chile. Sr. BUSTOS ACEVEDO, Julio, Director del Departamento de Previsión Social, Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social. DELEGADO DE LOS EMPLEADORES: Sr. HEIREMANS BROCKMANN, Óscar, Miembro del Directorio de la “Sociedad de Fomento Fabril”; Director de la Cámara de Comercio de Santiago. *Fallecido el 3 de mayo de 1944 y sustituido por* el Sr. DÍAZ SALAS, Juan, Miembro de la Comisión Central Mixta de Sueldos; Miembro del Consejo Superior del Trabajo de Chile; Asesor jurídico de la Confederación de la Producción y del Comercio de Chile. DELEGADO DE LOS TRABAJADORES: Sr. VELÁSQUEZ QUIROGA, Arturo, Miembro del Consejo Nacional de la Confederación de Trabajadores de Chile. *Consejero*: Sr. OCAMPO PASTENE, Salvador, Subsecretario General de la Confederación de Trabajadores de Chile; Sección Sur Pacífico de la C.T.A.L.; Diputado. *Secretario*: Sr. RIOSECO, Víctor, Secretario de la Embajada de Chile, Washington, D.C. Pueden consultarse las actas de la Conferencia [en línea] <<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656%281944-26%29.pdf>> [consulta: 8 enero 2011].

en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

Convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente solo puede basarse en la justicia social, la Declaración de Filadelfia, afirmó que:

- todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;
- el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional;
- cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental;
- incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero;
- al cumplir las tareas que se le confíen, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada.

Y en virtud de todas esas constataciones, la Conferencia reconoció la obligación de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:

- lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida;
- emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común;
- conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los

interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos;

- adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección;
- lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas;
- extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa;
- proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;
- proteger a la infancia y a la maternidad;
- suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;
- garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

Como se advierte, constitucionalmente la OIT relaciona empleo y condiciones dignas de trabajo, con paz y justicia social. También es posible deducir de tales instrumentos normativos internacionales que la dignidad del empleo en función de la paz, se produce cuando se generan las condiciones normativas que garantizan su efectividad. Por esta última razón, es que una de las misiones fundamentales de la OIT es promover a nivel mundial la generación de la regulación jurídica laboral mediante la suscripción por parte de los Estados, de Convenios y Recomendaciones Internacionales de Trabajo. La labor de la OIT ha sido esencial en el desarrollo del Derecho del Trabajo en el mundo.

- c) Tanto la Constitución de la OIT como la Declaración de Filadelfia, que complementa a la primera, tienen para Chile el estatus jurídico jerárquico de tratados internacionales. Las reglas de interpretación de los tratados están contenidas en los artículos □31, 32 y
33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, instrumento internacional

que Chile ha ratificado e incorporado a su derecho interno²⁶⁹, razón por la cual cabe concluir que las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, tienen la fuerza obligatoria en la República.

Por consiguiente, los órganos del Estado, entre ellos los Tribunales, y dado que según el artículo 6° de la CPR, conforme a ella”; se encuentran obligados a interpretar los tratados ratificados por Chile, conforme las normas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²⁷⁰.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en su artículo 31 de la Convención de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Si se revisan los términos usados por los instrumentos fundacionales de la OIT, en el contexto de ellos y teniendo en cuenta su objeto y fin, es posible concluir:

- Que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social; lo cual implica que existe una relación funcional entre paz y justicia social, en términos que la injusticia social es fuente de graves conflictos sociales, pues la historia más reciente de la humanidad ha probado que cuando aumenta la injusticia social se generan mejores condiciones para la inestabilidad sociopolítica.
- Que el trabajo no es una mercancía y que, el considerarlo una mercancía, es una

²⁶⁹ Promulgado por Decreto N°

13.011 del 22 de Julio de 1981

²⁷⁰ El tema ha sido discutido en la doctrina y en el foro. Al respecto debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional en STC 309/1, 2,3 (causa preventiva sobre Convenio N° 169 de la OIT, Puntos 16 y 17) como principios hermenéuticos de los Tratados Internacionales, los denominados “principios de conciliación o armonización” y el “principio de presunción de constitucionalidad”. Teodoro Ribera Neumann, analizando el fallo sobre el Convenio N° 169 de la OIT, Puntos 16 y 17, sobre el Trabajo Indígenas, considera errónea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues dicho órgano jurisdiccional no puede desconocer las pautas interpretativas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, puesto que el citado instrumento internacional es ley de la República, y el Tribunal Constitucional, al ser un órgano del Estado debe “someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Por consiguiente, concluye Ribera: “es errónea la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que busca armonizar el tratado con la Constitución aplicando principios interpretativos constitucionales para determinar el alcance de las cláusulas convencionales internacionales, ya que subordina su interpretación a las normas internas y nacionaliza de antemano criterios de interpretación”, v. RIBERA NEUMANN, Teodoro. “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, en: Universidad de Chile Facultad de Derecho. “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”. Santiago, Fundación Facultad de Derecho, 2001, pp. 444 Por su parte, Llanos Mansilla, sobre la obligatoriedad de las normas de interpretación señaladas por la Convención de Viena, se limita a decir: “Un tribunal no está obligado por ellas. Sólo lo estaría la Corte Internacional de Justicia en un litigio entre dos Estados Partes de la Convención de Viena, por aplicación del artículo 38 a) de su Estatuto”, v. LLANOS MANSILLA, Hugo. “Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y fuentes Tomo I”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 331.

muy grave fuente de injusticia social, pues lo degrada soslayando a la persona humana, y radicalizando la lucha de clases.

- Que la regulación jurídica del trabajo para garantizar la desmercantilización de aquel, es un objetivo prioritario, porque contribuye la paz y descomprime la cuestión social, ya que lo dignifica creando mejores condiciones para la justicia social.
 - Pero no basta con proteger a la persona del trabajador desmercantilizando el trabajo por cuenta ajena y subordinado. Si no hay trabajo en la sociedad, las consecuencias para la paz social pueden ser tan graves como si lo hubiera, pero en condiciones indignas. Ergo, también la existencia de niveles adecuados de empleo contribuye sustancialmente a mejorar los niveles de justicia social y por tanto, se erige en condición necesaria para la paz en las sociedades. De otro modo, resulta muy difícil lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida. Por tal razón, el desarrollo económico sí es una preocupación del orden jurídico laboral, pues el funcionamiento de este sistema, sin prever las consecuencias negativas que la aplicación de sus normas puedan tener en la economía, sobre todo en el tema del empleo, probablemente contribuirá al socavamiento de aquella y, consecencialmente, afectará la paz social y el Estado de Derecho.
- d) Pues bien, dado que los instrumentos fundacionales de la OIT, son normas jurídicas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico y dado, además, que dichas regulaciones establecen una clara relación entre empleo y justicia social, estimamos justificado postular que el ordenamiento jurídico laboral chileno –consecencialmente– asume que existe tal relación y, por tanto, propende hacia el fortalecimiento del empleo como estructura normativa típica y al fortalecimiento también de la fuente del empleo, ya que su debilitamiento, pone en riesgo la paz social, pues se afecta al empleo.

Expresamente la OIT ha dicho que “ha mantenido y desarrollado un sistema de normas internacionales del trabajo que tiene por objetivo la promoción de oportunidades para hombres y mujeres, con el fin de que estos consigan trabajos decentes y productivos, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad. En la economía globalizada de la actualidad, las normas internacionales del trabajo constituyen un componente esencial del marco internacional para garantizar que el crecimiento de la economía global sea beneficioso

para todos”²⁷¹.

En la actualidad, una de las áreas principales, por no decir la más importante, de la OIT es el Programa de Trabajo Decente²⁷² que asume muchos de los mismos desafíos a los que tuvo que hacer frente en sus inicios. “El Programa del Trabajo Decente tiene como objetivo la consecución de un trabajo decente para todos, a través de la promoción del diálogo social, de la protección social y de la creación de empleo, así como del respeto de las normas internacionales del trabajo. Estas normas se han incrementado en su número hasta convertirse en un amplio sistema de instrumentos sobre el trabajo y la política social, apoyado por un sistema de control concebido para encarar todos los problemas que se presentan en su aplicación a escala nacional. Constituyen el componente jurídico de la estrategia de la OIT para orientar la globalización, promover el desarrollo sostenible, erradicar la pobreza y garantizar que las personas puedan trabajar en condiciones de dignidad y seguridad”²⁷³.

El Derecho del Trabajo chileno ha seguido una evolución armónica con el desarrollo normativo de la OIT, habiendo incorporado al derecho interno 60 convenios del trabajo²⁷⁴, estando en vigor a la fecha 50 de ellos²⁷⁵ y dentro de ellos, los que la OIT y la comunidad internacional clasifican como fundamentales²⁷⁶. También ha ratificado dos de los denominados convenios prioritarios²⁷⁷, entre ellos, el N° □122, “Sobre Político

²⁷¹ [En línea] <[http://www.ilo.org/global/What we do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang-es/index.htm)> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁷² [En línea] <<http://www.ilo.org/global/Themes/Decentwork/lang-es/index.htm>> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁷³ [En línea] <[http://www.ilo.org/global/What we do/InternationalLabourStandards/Introduction/socialjustice/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/socialjustice/lang-es/index.htm)> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁷⁴ Hasta esta fecha existen 188 Convenios OIT, siendo el N° □188, “Convenio so
(industria)”, de 1919, y el último, el N° □1 el 15.09.1925. El N° □188 no ha sido ratificado por Chile.
Convenio N°

²⁷⁵ Puede consultarse la tabla de ratificaciones de Convenios de la OIT por parte de Chile, en sitio oficial de la OIT: [en línea] <<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES>> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁷⁶ Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) y Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). V. [en línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/docs/declworlds.htm>> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁷⁷ Los Convenios prioritarios de la OIT son: Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) ; Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129); Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144) y Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122). V. [en línea]

El Convenio N° 122 es el ma
legislación chilena en materia de empleo, sobre la base reconocer explícitamente la relación entre regulación laboral y desarrollo económico. El Estado chileno, en su evolución concretiza a nivel constitucional, legal y reglamentario el mandato general del Convenio N° 122.

Sobre la base de lo expuesto y retomando el hilo de la argumentación, luego, es posible razonar que:

1º) Según dispone el artículo 1º de la CPR,

condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”²⁷⁹ y de “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”²⁸⁰. Al resultado de estas acciones del Estado, se le denomina genéricamente bienestar porque su realización se traduce en crear las condiciones para que la sociedad produzca un “conjunto de cosas para vivir bien”²⁸¹.

2º) En función de lo anterior, el Estado desarrolla un conjunto de acciones para lograr el bienestar social, que es un fin normativamente impuesto por el constituyente.

3º) El Convenio 122 de la OIT forma parte de las acciones o estrategias institucionales de bienestar de Estado, pues es una norma jurídica de la República, y dispone:

“1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.

2. La política indicada deberá tender a garantizar: a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo; b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible; c) que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá todas

<http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/ConventionsandRecommendations/lang--es/index.htm> [consulta: 21 agosto 2010].

²⁷⁸ Ratificado por Chile el 24.10.1968.

²⁷⁹ CPR, art. 1º.

²⁸⁰ CPR, art. 1º.

²⁸¹ R.A.E., 1992:290.

las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tengan en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social”²⁸².

- e) Por lo expuesto, sostenemos que el Estado debe promover el bienestar social y económico de las personas (CPR); bienestar que, a la luz del Convenio N° □ 122 de la OIT así como de sus textos fundacionales, se crea estimulando el crecimiento y el desarrollo económicos; elevando el nivel de vida de la gente; satisfaciendo las necesidades de mano de obra y resolviendo el problema del desempleo y del subempleo, debiendo para tales efectos formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.

Porque, y en efecto, la injusticia social, la precariedad laboral, la pobreza y el desempleo, considerados precursores de la violencia, la guerra y la ausencia de democracia, se contrarrestan con empleo y desarrollo económico, según los textos fundacionales de la OIT.

Todo lo razonado hasta ahora, sugiere que el Derecho del Trabajo chileno recoge una concepción del empleo como instrumento para el desarrollo económico. Sostener lo contrario, importaría desconocer el texto y el espíritu de la CPR, de ciertos Tratados Internacionales, el Código del Trabajo y sus leyes complementarias.

En los capítulos siguientes, seguiremos elucidando y profundizando estas ideas.

IV. CONCLUSIONES

El trabajo es una relación social fundante de lo humano, cuyo desenvolvimiento y desarrollo, endógenamente, ha generado diferenciaciones sociales; fenómeno que ha influido en la estructura de las sociedades en términos tales, que es posible sugerir que un cambio en la relación social de trabajo generaría variaciones en la estructura global de la sociedad por ser aquella un principio diferenciador básico; lo cual no importa clausurar la posibilidad teórica de pensar que la relación entre trabajo y estructura de la sociedad, también pueda ser dialéctica en el sentido que ambos fenómenos no se desarrollan de manera aislada, sino

²⁸² [En línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>> [consulta: 21 agosto 2010].

operan influenciándose mutua y recíprocamente.

El trabajo, por tanto, puede ser visto como una constante antropológica, que recorre toda la historia de la humanidad.

A lo largo de la historia, el trabajo ha reconocido diversas formas. Dentro del íter de sus metamorfosis, el empleo es la forma típica de la sociedad capitalista en su etapa de organización fordista de la producción. En la actualidad, hablándose ya de postfordismo y en el contexto de la denominada era de la información²⁸³, el empleo sin embargo, sigue siendo figura central en las relaciones laborales.

La sociedad capitalista no niega el Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo ha cumplido una función de integración del conflicto trabajo *versus* capital, posibilitando la reproducción material e ideológica de la sociedad capitalista. La sustentabilidad de la sociedad capitalista así como la paz mundial, y como ha sido reconocido por la OIT, depende en parte del desarrollo de mejores niveles de empleo.

Aun cuando no existe en la Constitución Política de la República ni en la legislación chilena, una definición expresa de empleo, sin embargo, analizado globalmente el ordenamiento jurídico laboral chileno, puede inferirse dogmáticamente la siguiente concepción: toda prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, en virtud de un contrato de trabajo, por cuyo efecto se recibe a cambio una contraprestación denominada remuneración; en el contexto de un mercado de trabajo regulado por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias que reconocen una relación virtuosa entre calidad de empleo y desarrollo económico.

²⁸³ Para una perspectiva y proyección sociológica global de los cambios: CASTELLS, Manuel. “La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura”. México, Siglo XXI Editores, 3 tomos, 7ª edición, 2000. □reimp., traducción original en inglés por Carmen Martínez Gimeno, 2008.

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN DE LA FUENTE DEL EMPLEO

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo con nuestro orden de exposición, procede que ahora nos aboquemos a precisar la idea de fuente del empleo y su protección, porque, elucidadas que sean dichas conceptualizaciones, la configuración teórica del principio de protección a la fuente del empleo estará más próxima, puesto que ya estarán definidos los principales elementos que componen su enunciación.

Definir que entendemos por fuente del empleo e identificar las normas jurídicas que la configuran y protegen, son, por tanto, los pasos teóricos que a continuación daremos, en el camino hacia la comprobación de nuestra hipótesis.

II. LA FUENTE DEL EMPLEO

A partir de una reconstrucción jurídica de carácter dogmática que presentamos en el capítulo II, hemos conceptualizado el empleo como:

- a) Trabajo manual o intelectual de una persona natural.
- b) Realizado por cuenta ajena y bajo dependencia de otra, sea esta natural o jurídica.
- c) En virtud de un contrato de trabajo.
- d) A cambio de una remuneración.
- e) En el contexto del mercado de trabajo.
- f) Regulado por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias que reconocen una relación virtuosa entre calidad de empleo y desarrollo económico.

Por otra parte, así como en la teoría jurídica se utiliza la expresión fuente del derecho para referir la noción general sobre la procedencia u origen del derecho²⁸⁴, así también nosotros nos valdremos de la metáfora fuente del empleo, con el objeto de identificar en el ordenamiento jurídico laboral chileno, la procedencia del empleo, esto es, el lugar u origen desde donde fluye directa e inmediatamente y que, por cierto, es relevante para el Derecho del

²⁸⁴ SQUELLA, Agustín, “Introducción al derecho”, *op. cit.*, p. 284.

Trabajo. Resulta pertinente precisar que no nos interesa la fuente del empleo indirecta o mediata, externa o en general, como podría ser la economía o el mercado, sino solo aquella que es posible de distinguir y configurar en el estricto plano dogmático del ordenamiento jurídico laboral chileno.

A la luz de la perspectiva precedentemente perfilada, las preguntas que guiarán esta sección de la tesis serán, por tanto, las siguientes: ¿distingue nuestra legislación laboral la noción de fuente del empleo?, ¿es posible inferir de las normas jurídicas laborales una concepción dogmática de fuente del empleo? O formulada la pregunta desde otro ángulo analítico: ¿Reconoce el ordenamiento jurídico laboral un ente o institución que dé origen al empleo, que lo genere o produzca?

1. LA EMPRESA COMO LA FUENTE DEL EMPLEO

Nuestra tesis propone considerar como fuente del empleo a la empresa.

Somos de la opinión que el artículo □3° del Código
tres conceptos de mayor trascendencia del Código del Trabajo y, por tanto, del ordenamiento jurídico laboral²⁸⁵. Se trata de las definiciones legales de empleador, trabajador y empresa.

La centralidad de estas definiciones es de carácter estructural por cuanto todos los derechos y obligaciones se imputan primordialmente en el ordenamiento jurídico laboral a los sujetos definidos legalmente como empleador, trabajador y empresa, bajo el entendido de ser legalmente esta última, básicamente y como veremos con detalle más adelante, una organización productiva a la cual, por el rol fundamental que cumple en la sociedad, se le reconocen ciertas facetas institucionales, que trascienden la mera titularidad del que detenta la propiedad del capital.

Es cierto que en el Código del Trabajo también se definen otros sujetos jurídicos laborales, como son los diversos tipos de sindicatos²⁸⁶, las federaciones²⁸⁷, confederaciones²⁸⁸

²⁸⁵ Se ha referido especialmente a la centralidad e importancia de estas definiciones: THAYER ARTEAGA, William, "Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª □edic. actualizada, 2010, pp. 539 Hay que hacer presente que el autor citado considera la definición de trabajador independiente como de un mismo nivel de importancia que las otras. Nosotros discrepamos de tal juicio, por cuanto la aplicación de la figura del trabajador independiente es marginal en el ordenamiento jurídico laboral chileno.

²⁸⁶ Artículo 216 del CT: "Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes: a) Sindicato de empresa: es aquel que agrupa

y centrales sindicales²⁸⁹. Y es precisamente por ese dato empírico jurídico que hemos afirmado que solo primordialmente los derechos y obligaciones que se imputan en el ordenamiento jurídico laboral, se les hacen a los sujetos definidos legalmente como empleador, trabajador y empresa.

Los sujetos jurídicos trabajador, empleador y empresa, no siendo los únicos, sí admiten ser considerados como los centrales y de mayor trascendencia estructural porque, siendo las organizaciones sindicales instituciones esenciales del sistema de relaciones jurídicas laborales chilenas, no es menos cierto que son seres jurídicos que, por constitución ontológica jurídica, suponen la existencia previa de trabajadores, empleadores y empresa, razón por la cual son instituciones secuencialmente derivativas de las de trabajador, empleador y empresa.

Dicho de otro modo, para que toda la institucionalidad sindical exista, a la base de todo, primero deben existir los trabajadores, los empleadores y las empresas. Sin la definición y/o constitución óptica jurídica laboral de aquellos, no resulta material y lógicamente posible constituir jurídicamente la unidad básica del derecho sindical, a saber: el sindicato de base empresa o el interempresa.

Esto es así porque no puede nacer a la vida del derecho el sindicato si acaso no lo constituyen cierto número de trabajadores que, a su vez, recíprocamente tienen un empleador o varios empleadores distintos (en el caso del sindicato interempresa).

Esta naturaleza derivativa de las organizaciones sindicales, por lo demás y en cierta

a trabajadores de una misma empresa; b) Sindicato interempresa: es aquel que agrupa a trabajadores de dos o más empleadores distintos; c) Sindicato de trabajadores independientes: es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno, y d) Sindicato de trabajadores eventuales o transitorios: es aquel constituido por trabajadores que realizan labores bajo dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes”.

²⁸⁷ Artículo 266 del CT: “Se entiende por federación la unión de tres o más sindicatos, y por confederación, la unión de tres o más federaciones o de veinte o más sindicatos”.

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ Artículo 277 del CT: “Se entiende por central sindical toda organización nacional de representación de intereses generales de los trabajadores que la integren, de diversos sectores productivos o de servicios, constituida, indistintamente, por confederaciones, federaciones o sindicatos, asociaciones de funcionarios de la administración civil del Estado y de las municipalidades, y asociaciones gremiales constituidas por personas naturales, según lo determinen sus propios estatutos. A las centrales sindicales podrán afiliarse también organizaciones de pensionados que gocen de personalidad jurídica, en la forma y con las prerrogativas que los respectivos estatutos establezcan. Ninguna organización podrá estar afiliada a más de una central sindical nacional simultáneamente. La afiliación de una confederación o federación a una central sindical supondrá la de sus organizaciones miembros”.

forma, grafica la evolución histórica del Derecho del Trabajo, desde lo individual a lo colectivo.

Pues bien, aclarado lo anterior, procede que ahora recordemos la importancia hermenéutica de las definiciones legales en el derecho chileno. Como sabemos, el artículo 3° del Código Civil, dispone que “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

La norma de interpretación jurídica precedentemente citada, *nolens volens*, nos obliga a preterir cualquier significado común de una palabra usada por la ley, si acaso la misma ley ha definido la palabra. Y si las palabras que componen un enunciado legal definen instituciones, plausible resulta entonces postular que por ese mismo acto también las reconocen e identifican como entes en el mundo del derecho; reconocimiento que posibilitará atribuirles participación en la configuración de las relaciones jurídicas²⁹⁰.

Dicho lo anterior, estamos entonces en condiciones de comenzar nuestra interpretación regulativa de la definición de empresa que contiene el artículo 3° del CT:

“Artículo 3°. Para todos los efectos legales se entiende por:

- a) empleador: la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo,
- b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y
- c) trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia.

El empleador se considerará trabajador independiente para los efectos previsionales.

Para los efectos de la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de

²⁹⁰ Las definiciones legales, teóricamente, pueden ser vistas como normas jurídicas incompletas aclaratorias, esto es, como normas jurídicas que, “o bien delimitan más concretamente un concepto o tipo empleados en otras normas jurídicas (normas jurídicas delimitadoras), o bien especifican o completan el contenido de un término utilizado en su significado general con respecto a distintas configuraciones del caso (normas jurídicas completadoras)”. LARENZ, Karl. “Metodología de la Ciencia del Derecho”. Barcelona, 3ª ed. reimp., 2009, p. 102. La definición de empresa constituye el ente empresa, pero no ordena nada, salvo entender por empresa solo lo que la ley entiende por tal y además solo para efectos laborales y previsionales. La definición de empresa operará regulativamente como parte de órdenes de validez. Su fuerza constitutiva, fundamentadora de consecuencias jurídicas, la recibirá solo en conexión con otras normas. Cumple, por tanto, una función auxiliar para la comprensión, por ella prescrita, de otras normas jurídicas, completas e incompletas.

una individualidad legal determinada.

Las infracciones a las normas que regulan las entidades a que se refiere este artículo se sancionarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 507 de este Código”.

Pues bien, dado que las categorías trabajador, empleador y empresa, están expresamente distinguidas por el legislador, y asumiendo también la ficción argumentativa de racionalidad del mismo, es que nos inclinamos por considerar dogmáticamente que, cuando el legislador utiliza dichos términos, lo hace por regla general, con el propósito de referir realidades jurídicas distintas. Por tanto, estimamos plausible afirmar que empleador no es lo mismo que empresa.

Sin embargo, y como se advertirá a la luz del análisis que presentaremos más adelante, aun cuando el legislador distingue al empleador de la empresa, un análisis sistemático nos permitirá establecer que ambas categorías se encuentran conceptualmente imbricadas y relacionadas estructuralmente entre sí, de modo tal que comparten un sustrato material, lo cual, ciertamente, les permite coexistir en el ordenamiento jurídico laboral.

Pero cuáles son las relaciones generales que existen entre estas dos instituciones y cuáles sus diferencias en función de efectos y fines, son las materias que trataremos a continuación. Este análisis nos aproximará conceptualmente a una comprensión de la empresa como fuente del empleo, esto es, como generador del empleo según las normas del Código del Trabajo.

2. DOS VISIONES JURÍDICAS LABORALES DE LA EMPRESA: PATRIMONIALISTAS E INSTITUCIONALISTAS

El concepto de empresa en el Derecho del Trabajo es muy controvertido²⁹¹. Sin embargo, en la doctrina comparada, en general suele presentarse a la empresa, descriptiva y conceptualmente, como una organización de recursos y medios para la producción de bienes y servicios. Se trataría de una categoría que pretende asir una fenomenología socioeconómica compleja, que sería reconocida por el derecho y no, una categoría propiamente jurídica²⁹². Las diferencias y concepciones acerca del concepto de empresa se van configurando o haciendo

²⁹¹ Hay autores, como Gerard Lyon-Caen, que incluso han planteado la eliminación del concepto de empresa del Derecho del Trabajo: JAVILLIER, Jean-Claude. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Segurid Social, 1982, p. 213.

²⁹² Entre nosotros: ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”. Santiago, LegalPublishing, 2ª edic., 2007, p.65.

más nítidas, a medida que se ensayan ideas y teorías sobre los fundamentos jurídicos de la empresa. Las dos grandes corrientes doctrinarias que se confrontan en el Derecho del Trabajo comparado continental en este ámbito, son, por una parte, la teoría patrimonialista y por la otra, la teoría institucional de la empresa²⁹³.

Las diferencias doctrinarias más trascendentales de sus postulados contrapuestos se nos hacen visibles a propósito de dos órdenes de problemas jurídicos: el primero, y que ha sido especialmente tratado por la doctrina y jurisprudencia francesa, es el relativo al fundamento de los límites de poder de mando del empleador²⁹⁴; y el segundo, relacionado también con el anterior, se nos hace presente en el debate sobre si la empresa es una especie de persona jurídica (distinta del empleador o empresario).

Entre estas dos teorías que, por cierto, representan los dos extremos de un argumento, han surgido visiones sintéticas que incluyen notas de ambas. Revisaremos algunas de estas perspectivas integradoras, cuando presentemos nuestra tesis interpretativa en la materia.

2.1. Teoría patrimonialista de la empresa

Las teorías patrimonialistas, también denominadas contractualistas de la empresa, consideran “que el derecho de propiedad y contrato forman una pareja inseparable que permite un dominio jurídico sobre los bienes de la empresa y una dominación de las personas que trabajan en ella”²⁹⁵. Así como el fundamento del poder de mando (potestad jurídica de

²⁹³ Para una reconstrucción teórica, histórica y bibliográfica del tema: ACKERMAN E., Mario (director) y TOSCA, Diego M. (coordinador). “Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo I. La Relación individual de Trabajo”. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2005, pp. 537-538; BAYLOS, Antonio. “Derecho del Trabajo: modelo para armar”. Madrid, Editorial Trotta, 1991, pp. 283-284; IRURETA URIARTE, Pedro. “Empresa y personalidad jurídica”, en Revista Persona y Sociedad XVI (3): 287-299, 2002; JAVILLIER, Jean-Claude. “Manuel Droit du Travail”. París, L.G.D.J., 5ª ed., 1995, pp. 149-150; JAVILLIER, Jean-Claude. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982, pp. 207-208; MAZEAUD, Antoine. “Droit du travail”. París, Montchrestien, 4ª edición, 2004, pp. 797-798; MACCHIAVELLO, Guido. “Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas. Tomo I”. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 141-142; THAYER ARTEAGA, William. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1984, pp. 140-141; THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I. La Relación individual de Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1983, pp. 174-175; “Crítica del Derecho del Trabajo”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, traducción de José Luis Gil y Gil, 1996, pp. 207-208; MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Editorial Tecnos, 19ª ed., 2001, pp. 261-262; WALKER, Ferrnázuriz, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales”. Santiago, Editorial Universitaria, 2003, pp. 443-444.

²⁹⁴ JAVILLIER, Jean-Claude. “Manuel Droit du Travail”, *op. cit.*, pp. 207-213; MAZEAUD, Antoine. “Droit du travail”, *op. cit.*, pp. 797-798.

²⁹⁵ JAVILLIER, Jean-Claude, “Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 208.

mando) del empleador es el derecho de propiedad sobre los bienes de la empresa, así también puede advertirse que la mediación o transferencia de ese poder a la esfera de la persona del trabajador solo es posible a virtud del contrato de trabajo, que regula aquella relación de poder.

La empresa, pues, escrutada a la luz de esta concepción, es una categoría que se identifica en el ordenamiento jurídico laboral con las notas distintivas del derecho de propiedad y del contrato de trabajo, y no entonces por referencias a elementos institucionales, como la noción de comunidad orgánica de intereses que es, en definitiva, la esencia de las teorías institucionalistas de la empresa.

Según JAVILLIER, “en una concepción patrimonial y contractual de la empresa, las limitaciones que pueden realizarse al poder patronal deben buscarse en una aplicación de la teoría del abuso de los derechos”²⁹⁶, a diferencia de lo que puede inferirse de una concepción institucionalista, en donde los límites al poder del empresario, como ha sostenido DURAND, se encuentran en las responsabilidades que asume el empresario, en cuanto organizador de la producción y asegurador del bien común de los miembros de la empresa²⁹⁷.

Dos autores clásicos en el Derecho del Trabajo continental hispanoamericano que han defendido la concepción patrimonialista de la empresa, nos referimos a Gaspar Bayón Chacón y Eugenio Pérez Botija, estiman que no es necesario recurrir a la concepción institucional de la empresa “para defender ciertos supuestos que en conformidad a dicha tesis serían su lógica consecuencia. Es lo que ocurre con el principio de continuidad de la empresa, según el cual el contrato de trabajo no termina por cesión, traspaso o venta de la industria, salvo determinados casos. Para los patrimonialistas se trataría de una simple novación de contrato por cambio de las partes de la obligación, establecida por el legislador en defensa de la que se considera más débil”²⁹⁸.

Un planteamiento patrimonialista también es el que sostiene Krotoschin, quien, considerando que la perspectiva institucionalista de la empresa, tiene cierto valor sociológico, sin embargo le resta importancia jurídica. Porque en efecto, “la institución, o personalidad

²⁹⁶ JAVILLIER, Jean-Claude, “Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 208.

²⁹⁷ *Ibidem.* pp. 2109

²⁹⁸ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo 1. Primera Parte Generalidades. Segunda Parte Derechos del Trabajo”, p. 116.

social (extrajurídica), no entra en la vida jurídica sino gracias a determinadas normas jurídicas que se refieren a ella, y que “la envuelven del mismo modo que los músculos envuelven a los huesos”²⁹⁹. Es pues el derecho, el que, al delimitar el fenómeno institucional de la organización productiva, crea la empresa como ente jurídico refiriéndolo como objeto de derecho, pues los sujetos de derecho son siempre “los hombres que componen la empresa (o esta misma en cuanto persona jurídica)... Las relaciones jurídicas se establecen entre los hombres (o con la persona jurídica), y no con la ‘institución’ que es precisamente algo específicamente distinto de las personas (‘transpersonal’)”³⁰⁰.

La perspectiva patrimonialista no pone en duda que las relaciones jurídicas que se generan entre los sujetos que configuran organizacionalmente la empresa se conectan sistémicamente en función del trabajo en tanto relación social institucional. Pero ese corte fenoménico de la realidad es sociológico y adquiere alguna relevancia para el derecho, en tanto elemento interpretativo, como fuente material del derecho³⁰¹.

Una consecuencia jurídica que, en definitiva, se extrae de esta concepción, es que “la empresa no es una persona jurídica-laboral distinta del empresario”³⁰². Y al no serlo, la empresa sigue siendo un fenómeno jurídico justificable mediante el derecho de propiedad y el contrato de trabajo.

Supiot afirma que la tesis patrimonialista “hunde sus raíces tanto en el liberalismo económico (que consagra la abstracción del *homo oeconomicus*), como del lado del marxismo (que defiende la idea del antagonismo de los intereses del Capital y del Trabajo)”³⁰³.

Pero más allá de las raíces liberales y marxistas de la teoría patrimonialista, para defensa de ella, digamos que sus postulados son razonables, por cuanto resulta muy difícil concebir la empresa desde el Derecho del Trabajo como un puro fenómeno institucional, *cuasi* natural u orgánico, pues, si no ha sido reconocida directa o indirectamente por la legislación

²⁹⁹ En cursivas, según una expresión de IHERING contenida en su obra “El espíritu del derecho romano”: KROTOSCHIN, Ernesto. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”. Buenos aires, Ediciones Depalma, 1968, p. 156.

³⁰⁰ KROTOSCHIN, Ernesto. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 156.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 156.

³⁰² THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I. Parte General”. Segunda Parte Derecho Colectivo. Ediciones Depalma, 1975, p. 156.

³⁰³ SUPIOT, Alain. “Crítica del Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 202.

tal conceptualización de ella, entonces no resulta relevante desde el punto de vista dogmático. Porque, si la configuración legal que de la empresa se haga, no incluye notas distintivas institucionales, ¿cómo entonces proponer una interpretación institucional? La tesis patrimonialista, por consiguiente, tiene un importante sello realista y pragmático que no puede ser desconocido³⁰⁴.

Lo mismo puede decirse respecto a si la empresa es objeto o sujeto de derecho, dado que por más que desde una perspectiva institucional se insista en que es una realidad orgánica, lo único cierto será lo que en definitiva diga el derecho positivo³⁰⁵.

2.2. Teoría institucionalista de la empresa

A diferencia de la teoría patrimonialista, en la doctrina institucionalista o comunitaria –como también es conocida esta doctrina–, la empresa ya no es conceptualizada como una red de operaciones jurídicas y económicas gestionada por y para los propietarios del capital, sino que es una institución o ente orgánico social que se autoconstituye naturalmente por la reunión de capital, trabajo y un sistema de relaciones entre ambos que permite se produzcan bienes y servicios.

Los defensores de la teoría institucional, escribe Supiot, “veían en la empresa un elemento ya dado de carácter natural, sobre el que podría entroncarse el Derecho del Trabajo. Se daba a la empresa la fuerza de un hecho: el de la reunión de una colectividad de trabajo bajo una autoridad únicas”³⁰⁶.

En Francia (y por cierto no sin la influencia de la obra institucionalista de Maurice Hauriou), George Ripert, junto con Paul Durand, Jaussaud y Rouast³⁰⁷, dejará constancia de su adhesión a dicha concepción, afirmando que “en la agrupación de fuerzas realizada por la empresa, el fin perseguido por ella es de una importancia capital. Este fin es el bien común de

³⁰⁴ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I. Principios de Derecho del Trabajo. Segunda Parte. Derecho del Trabajo Generalidades. Segunda Parte. Derecho del Trabajo Generalidades.”

³⁰⁵ Así es posible suscribir la afirmación de Irureta Uriarte en cuanto que muchas de las teorías de corte institucionalista “terminaron chocando con la evidencia que solo tienen personalidad de Derecho aquellos entes a los que el ordenamiento jurídico les reconoce tal condición, y entre los cuales no se encuentra la empresa como conjunto organizado”, v. IRURETA URIARTE, Pedro, “Empresa y personalidad jurídica”, *op. cit.*, □295.

³⁰⁶ SUPIOT, Alain. “Crítica del Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, □203.

³⁰⁷ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I. Principios de Derecho del Trabajo. Segunda Parte. Derecho del Trabajo Generalidades. Segunda Parte. Derecho del Trabajo Generalidades.”

los hombres que cooperan en la empresa. No se trata solamente de la remuneración ilimitada del capital por medio de los beneficios obtenidos, sino también de asegurar la vida de los hombres que trabajan en la empresa y sus familias respectivas. Capital y trabajo deben hallar en la empresa satisfacción, aunque de naturaleza distinta y si ella no es capaz de proporcionársela, no es digna de vivir. Ni tampoco si no presenta alguna ventaja para la sociedad humana. ¿Por qué se admitiría esta agrupación de fuerzas en el caso de no existir ningún interés social en reconocerla? La intervención del Estado se explica y justifica si tenemos en cuenta que la empresa no nace del libre juego de los contratos y que es una institución útil o perjudicial según el fin que persigue”³⁰⁸.

Es importante considerar también que la doctrina institucionalista³⁰⁹ hunde sus raíces en la doctrina social de la iglesia y en la doctrina jurídica alemana³¹⁰ de la empresa como comunidad asociativa y/o tesis de la *Betriebsgemeinschaft*, remontable a la doctrina de Menger, Gierke y Pothoff.

La tesis de la *Betriebsgemeinschaft* “censuraba la romanización de la prestación de servicios que hacía derivar la relación de trabajo a una mecánica meramente patrimonial, y que incluso había encontrado apoyo en la propia doctrina de autores como Windscheid, Lotmar y, en cierta forma, Sinzheimer”³¹¹. Porque, y en tanto respuesta a las concepciones individualistas contenidas en el primer proyecto de BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), “se opusieron diversos planteamientos doctrinales que pregonaban la idea de que el Derecho germánico era un Derecho comunitario, en contraposición a la tesis de un Derecho

³⁰⁸ RIPERT, George. “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”. Granada, Editorial Comares, traducción del profesor José Quero Morales, estudio preliminar José Luis Monereo Pérez, 2001, pp. 263

³⁰⁹ Debe tenerse presente que en el campo de la teoría general del derecho, el “institucionalismo jurídico es una corriente de pensamiento que se incluye en la más amplia “revuelta contra el formalismo” que ha tenido lugar desde finales del siglo XIX. Ello vale tanto para el institucionalismo “clásico” vinculado a los nombres de Santi Romano y Maurice Hauriou como para las más recientes teorías neoinstitucionalistas propuestas por Ota Weinberger y Neil MacCormick. El institucionalismo es por tanto uno de los intentos de encontrar una vía de salida a los muchos problemas creados por una concepción estrecha del Derecho, concebido fundamentalmente como mandato del “superior político” o del Estado, y de la ciencia jurídica vista como ejercicio puramente lógico y sistemático sobre normas e “institutos”, v. LA TORRE, Massimo. “Teorías institucionalistas del derecho (esbozo de una voz de enciclopedia) *institutional theories of law (draft for an encyclopedia concept)*”, *DERECHOS Y LIBERTADES* (14):103-112, 2006). [En línea] <<http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3777/1/DvL-2006-14-La%20Torre.pdf>> [consulta: 20 febrero 2012].

³¹⁰ SUPIOT, Alain. “Crítica del Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, □203.

³¹¹ IRURETA URIARTE, Pedro, “Empresa y personalidad jurídica”, *op. cit.*, □289.

individualista y abstracto, como el que existía en Roma o en la época de la Ilustración”³¹².

Las consecuencias o derivas teóricas que pueden extraerse de la concepción institucionalista son variadas.

Así por ejemplo, el fundamento del poder de dirección del empleador, ya no será el derecho de propiedad y el contrato de trabajo, sino que habrá de buscarse en las responsabilidades que asume el empleador al poner en marcha el riesgo del emprendimiento. En este orden de ideas, la potestad de mando es una cualidad inherente del empresario, pues sin su reconocimiento, la empresa no podría constituirse, ya que la empresa, en tanto organización de recursos en función de la producción de bienes y servicios, necesita de una dirección. El fundamento institucional “parece llamar a un control de una naturaleza cuasi administrativa. Toda desviación del poder debería poder sancionarse”³¹³.

Para los trabajadores, dice Durand, “la empresa constituye la célula elemental donde se organiza la colaboración del capital y del trabajo”³¹⁴. Puesto que la empresa es un fenómeno orgánico, que supone trabajo y capital, los trabajadores se conciben como parte o elemento de aquella, en términos tales que la estabilidad en el empleo es una consecuencia lógica de tal realidad. Así, bajo esta concepción, incluso, “se ha podido hablar de una propiedad en el empleo”³¹⁵.

En Francia, cierta perspectiva de la teoría institucional y comunitaria de la empresa ha sido utilizada en algunas ocasiones por la Corte de Casación, singularmente en materia de *lock-out*³¹⁶. Al respecto, suele citarse el caso *Brinon* de 1956, donde la Corte de Casación sentó la doctrina que, “*l’employeur qui porte la responsabilité de l’entreprise est seul juge. En conséquence, il seul juge des circonstances qui déterminent á cesser son exploitation, et aucune disposition légale ne lui fait l’obligation de maintenir son activité à seule fin d’assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu’il observe, á l’égard de ceux qu’il emploie, les règles édictées par le Code du travail*”³¹⁷. En efecto, el empleador, en tanto responsable de la empresa, es el

³¹² *Ibidem*, p. □289.

³¹³ JAVILLIER, Jean-Claude. “Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, □210.

³¹⁴ *Ibidem*, p. □211.

³¹⁵ *Ibidem*, p. □211.

³¹⁶ JAVILLIER, Jean-Claude. “Manuel Droit du Travail”, *op. cit.* □151.

³¹⁷ *Ibidem*, p. □151; MAZEAUD, Antoine, “Droit du Travail”,

detentador del poder de la dirección, en razón de la función que ocupa y no, directamente, del derecho de propiedad.

Con posterioridad la Corte de Casación ha matizado su doctrina, señalando que sería posible sustituir al empleador en el manejo de la empresa, si acaso se probare un desvío del poder de dirección. Vale decir, el poder de dirección debe ser ejercido en el interés de la empresa³¹⁸. En esta última versión, la teoría institucional aparecería más nítidamente representada. Pero con todo, también se plantean aproximaciones renovadas a la teoría jurídica laboral de la empresa, que interpretan la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia, como una construcción apoyada tanto en pilares institucionalistas como contractuales, a efectos de justificar el poder de dirección del empleador³¹⁹.

En síntesis, y más allá de escuelas y tendencias en su interior, para los institucionalistas la empresa es “una realidad en sí, con su propia organicidad”³²⁰, configurando una identidad propia aun cuando cambien sus propietarios, directores, administradores y trabajadores. Una consecuencia pro trabajador de esta concepción, es que “cuando el trabajador celebra un contrato de trabajo, queda ligado a la empresa como institución propia y específica y no con la persona natural o jurídica dueña de su patrimonio”³²¹.

2.3. Valoración y crítica de las teorías patrimonialista e institucionalista de la empresa

La separación tajante entre capital y trabajo que postula la teoría patrimonialista no pone en duda que la empresa, vista económica y sociológicamente, tiene una dimensión institucional. Pero los contenidos institucionales no logran transferirse a la constitución jurídica laboral patrimonialista que ve en ella, básicamente, una proyección del derecho de propiedad. Como decía Ripert, criticando tal concepción, “si se identifica la empresa con la propiedad, la noción de empresa se resume en un haz de derechos de propiedad constituidos por el empresario para el uso más apropiado de los bienes que le pertenecen”³²².

³¹⁸ MAZEAUD, Antoine, “Droit du travail”, *op. cit.*, p. 78.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 78.

³²⁰ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I. Primera Parte. Generalidades. Segunda Parte D”

³²¹ *Ibidem*, p. 175.

³²² RIPERT, George. “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”, *op. cit.*, p. 253.

Pero así como en los sistemas jurídicos laborales comparados, el derecho de propiedad y la libertad de empresa se encuentran limitadas por el orden público laboral, a través de un entramado de derechos mínimos irrenunciables por las partes, así también ese mismo *ius cogens laboralis*, impide que la empresa sea tratada como una simple emanación del derecho de propiedad del empresario o empleador, pues esa organización de capital y trabajo que es la empresa, también admite en sus manifestaciones concretas que su dirección y patrimonio, en ciertos aspectos específicos, pueda ser entregada a los trabajadores en coparticipación con el empleador, por concebirse en algunos aspectos la empresa como un ente superior, que integra capital y trabajo.

En efecto, fenómenos jurídicos positivos laborales tales como la participación de los trabajadores en la empresa³²³ a través de los Comités de Empresas³²⁴; en las utilidades de la misma (gratificaciones); o la participación de los trabajadores que muchas veces se alcanza por la negociación colectiva, ponen de manifiesto que la empresa no es una pura proyección incontrarrestable del derecho de propiedad del empresario o empleador, sino que es un ente que se explica mejor cuando en su definición jurídica laboral se incorporan algunas notas distintivas que ven en ella una comunidad de intereses que trasciende los fines puramente egoístas de las partes del contrato de trabajo, y se le interpreta en clave de bien común.

Sin embargo, las notas distintivas que en la concepción patrimonialista se omiten, en la institucionalista ocupan un primer plano extremadamente cercano, dejando fuera de campo conceptual al derecho de propiedad y al contrato de trabajo, en circunstancias que la realidad positiva de las instituciones jurídicas muestra que la propiedad y el contrato no pueden estar ausentes de la configuración jurídica conceptual de empresa, del mismo modo que tampoco puede preterirse el reconocimiento de aspectos típicamente institucionales.

Por consiguiente, ambas concepciones, patrimonialistas e institucionales,

³²³ MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. "Derecho del Trabajo", pp. 3296

³²⁴ Por comités de empresa entendemos órganos con algunas facultades e incidencia en la administración general de la empresa, integrados por representantes de los trabajadores y del empleador. Esta forma de participación en la empresa es reconocida, con variantes, en diversas legislaciones. En el caso del ordenamiento jurídico laboral chileno, los Comités Bipartitos de Capacitación (artículos 13 a 18 Ley N° 19.518) y los Comités de Higiene y Seguridad (artículo 16 Ley N° 16.744), son de esta naturaleza. Sobre participación de los trabajadores en la empresa chilena, puede consultarse: WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. "Derecho de las Relaciones Laborales", op. cit. pp. 149-168.

permitiéndonos ver una parte del fenómeno, nos ocultan la otra en términos tales que, lo que se omite en una concepción, es precisamente lo que se pone de manifiesto en la otra.

Y tampoco hay que olvidar que así como la perspectiva más radical de las teorías institucionalistas nos conducen hacia una conceptualización corporativista-fascista de la sociedad³²⁵, así también las contractualistas más acérrimas, hacia un modelo neoliberal de sociedad, en el cual la empresa es una simple configuración de los fines egoístas y lucrativos del empleador.

2.4. La empresa en el Derecho chileno del Trabajo

Una muy breve reconstrucción histórica legal del término empresa en el Derecho del Trabajo chileno, nos permitirá ir avanzando en nuestros planteamientos.

2.4.1. Antecedentes de la noción de empresa en la legislación chilena del trabajo

Un uso de la palabra empresa en la legislación y reglamentación laboral chilena se encuentra en el artículo 21 del D.S. N° 10.000, de 1960, que establece que las sociedades o empresas que se enumeran a continuación gozarán de los beneficios consultados en el párrafo anterior y en el presente³²⁶.

Otra referencia, la encontramos en la Ley N° 17.334, de 1970, que establece Indemnizaciones por Accidentes del Trabajo, cuando en su artículo 1° dispone: “Los accidentes ocurridos a los obreros o empleados, por el hecho o con ocasión del trabajo que ejecuten en las empresas a que se refiere el artículo 3° de la Ley N° 13.018, dan derecho a un pago de un monto equivalente al cargo del patrono o jefe de la empresa en provecho de la víctima, del cónyuge sobreviviente y de los hijos legítimos, naturales o ilegítimos y a los reconocidos³²⁷”.

Por otra parte, en el que puede considerarse el primer Código del Trabajo chileno, nos referimos al de 1931, la palabra empresa no se definía. Sin embargo aparece expresamente mencionada en el artículo 2° de la Ley N° 11.161, de 1927, utilizándose

³²⁵ BAYLOS, Antonio. “Derecho del Trabajo: modelo para armar”, *op. cit.*, p. 25.

³²⁶ TRONCOSO POBLETE, Moisés y ÁLVAREZ ANDREWS, Óscar. “Legislación social obrera chilena (recopilación de leyes y disposiciones vigentes sobre el Trabajo y la Previsión Social)”. Santiago, Imprenta Santiago-Esmeralda, 1924, p. 36. www.mensurialchilena.cl/archivos2/pdfs/MC0023196.pdf [consulta: 20 febrero 2012].

³²⁷ *Ibidem*, p. 76.

persona natural o jurídica que por cuenta propia o ajena tenga a su cargo la explotación de la empresa o faena de cualquier naturaleza o importancia, en que trabajen obreros o empleados, cualquiera que sea su número”³²⁸.

Como se advierte, en la citada norma legal se establecía un distingo entre empleador y empresa, en términos tales que se conceptualiza al empleador como el que tiene a su cargo la explotación de la empresa.

Decimos que se establece un distingo porque, en efecto, para que el empleador pueda estar a cargo de ese ente denominado empresa, ineludible resulta suponer que sea distinto de aquel que lo gobernará. Se sigue de esto que la norma legal asume tácitamente que la empresa es un ente distinto del empleador, pero que no está dotada de personalidad jurídica propia, ya que expresamente se dice que es el empleador, el sujeto de derecho que tiene a su cargo la explotación de la empresa.

La primera definición legal de empresa aparece en el artículo publicado el 1 de mayo de 1975, sobre Estatuto Social de la Empresa, con los siguientes términos: “Constituye empresa para los efectos de la presente ley la entidad destinada a la producción, comercio o distribución de bienes o a la prestación de servicios que, bajo una dirección unitaria, persigue una finalidad económica y social y se encuentra organizada con el concurso de trabajadores e inversionistas”.

No está de más recordar, como destaca Thayer Arteaga, “que el Acta Constitucional constitucionales, lo siguiente: “Artículo primero, N° mecanismos que contemplen formas de participación del trabajador en la comunidad humana que constituye la empresa”³²⁹. Pero la citada redacción no prosperó en el texto definitivo de la Constitución de 1980, como tampoco el Estatuto Social de la Empresa que fue derogado por la Ley N° 9878³³⁰ que llegara a entrar en vigencia.

³²⁸ GAETE BERRÍOS, Alfredo. “Código del Trabajo (concordado y anotado). Leyes anexas y convenios internacionales ratificados por Chile”. Santiago, Artes y Letras Impresores, 9ª edic. corregida y a de Francisco Walker Linares, 1950, p. 22.

³²⁹ THAYER ARTEAGA, William. “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”, op. cit., p. 49.

³³⁰ Que aprobó el Código del Trabajo del gobierno militar del general Pinochet.

Convengamos en todo caso que, de clara inspiración neocorporativista, el Estatuto Social de la Empresa adoptó una conceptualización institucionalista de la empresa por cuanto la caracterizó como una comunidad en la cual se concilian los intereses de trabajadores y empleadores por estimarse que tal orden de cosas contribuye al bien común, ya que promueve la integración de la sociedad ³³¹. Sin embargo, como ya señalamos, la referida conceptualización de empresa nunca pudo desarrollarse, ya que el cuerpo legal que la contenía, jamás entró en vigencia.

Será con el Decreto Ley N° □2.200 de 1978,
que conocemos hoy y que, como veremos, ha tenido la vitalidad suficiente para sobrevivir a los sucesivos cambios legislativos producidos desde aquella época.

La norma en análisis, contenida en el inciso final del artículo □3 del Decreto
N° □2.200, definía
de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotado de una individualidad legal determinada”³³².

La definición de empresa del Decreto Ley N° □2.200 se mant
Trabajo de 1987, conservando en sus disposiciones no solo el texto de la definición de empresa en exactos términos, sino que también su ubicación sistemática, esto es, en el artículo □3°.

Posteriormente, con el retorno de la democracia al país, y luego de una serie de reformas a la Ley N° □18.620, se pro
de Ley N° □10 que asume
constituyen el Código del Trabajo que actualmente nos rige.

En este cuerpo legal la definición de empresa sigue intacta, manteniéndose además en el artículo □3°. Solo se obs
Ley N° □2.200, la defin

³³¹ Para una revisión conceptual del Estatuto Social de la Empresa, v. BEZANILLA BOLOÑA, Mauricio. “El marco conceptual del Estatuto Social de la Empresa”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI: 55-71, 1995; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales”, *op. cit.*, □150 158.

³³² THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, “Manual de Derecho del Trabajo. Tratado de Trabajo Derecho Copit., □1787

actual Código del Trabajo, la definición de mantiene en el artículo inciso.

□3º, pero en su

No entraremos a discutir aquí la naturaleza ideológica neoliberal del Decreto Supremo N° que finalmente hegemonizó el proceso político fundacional del gobierno militar. No es este el lugar donde dicha discusión deba darse.

□2.200 y, en ge

Debe tenerse presente, en todo caso, que con el retorno de la democracia (1990), se han introducido una serie de cambios legales en el ámbito laboral. Y que es debate político laboral frecuente el relativo a si el modelo actual, mantiene o no, y en qué grado, su eje neoliberal; o de cómo sus regulaciones seguirían expresando tal ideología tanto en el ámbito de las relaciones individuales como colectivas del trabajo. Y, consecuencialmente, en la configuración jurídica laboral de la empresa.

Nosotros no responderemos directamente esas preguntas, pues el enfoque de nuestra tesis, como hemos reiterado, es principalmente dogmático y, por consiguiente, nos interesa determinar y comprender el sentido normativo actual de ciertas zonas del ordenamiento jurídico laboral, y no el sustrato ideológico puro, aunque es cierto que para comprender el sentido normativo de las leyes muchas veces se requiere comprender aquellas inspiraciones legislativas.

En efecto, no está puesto en duda que la tarea dogmática también implica, a nivel de fuentes materiales del derecho, consultar la historia y los factores ideológicos como parte del proceso hermenéutico global. Pero aquello, en tanto paso del proceso hermenéutico, es muy distinto a pretender dilucidar el puro sustrato ideológico político de las regulaciones, aislándolo de los componentes normativos, en sentido estricto.

Pues bien, precisado lo anterior, estamos entonces en condiciones de avanzar en nuestra exposición, formulándonos las siguientes preguntas de carácter normativo: ¿Qué concepción de la empresa recoge nuestro ordenamiento jurídico laboral? ¿Y si esta, cualquiera que sea, concibe a la empresa como fuente del empleo?

2.4.2. La concepción laboral de la empresa en la doctrina iuslaboralista chilena del trabajo

La revisión de un conjunto de estudios sobre la empresa en el derecho chileno del

trabajo³³³, nos permite sostener que la concepción patrimonialista o contractualista de la empresa es la que predomina, con variaciones y matices, en las interpretaciones que se hacen de la configuración legal de aquella en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

El argumento dogmático más claro que, a nuestro juicio, se ha propuesto para afirmar dicha concepción, fue explicitado por los profesores William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida, a propósito del principio de continuidad de la empresa contenido en el artículo

□4° del Código

modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o nuevos empleadores (.) Esta norma, de inspiración institucionalista, confirma *a contrario sensu* una concepción patrimonialista de la empresa ante nuestro derecho, pues representa una excepción, importantísima por lo demás, a las diversas secuencias lógicas que tendría la concepción institucional (.) Hubo de consultarla el

³³³ Entre otros: BEZANILLA BOLOÑA, Mauricio. “El marco conceptual del Estatuto Social de la Empresa”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI: 55-71, 1995; “La participación de los trabajadores en la empresa según el ordenamiento legal chileno anterior al 3 de mayo de 1975”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIII: 199-208, 1989-1990; “La empresa en el orden jurídico-laboral. Apuntes para una introducción a su estudio”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XII: 91-107, 1988; IRURETA URIARTE, Pedro. “Empresa y personalidad jurídica”. Revista Persona v Sociedad XVI (3): 287-299, 2002; “Libertad de empresa: un caso de derecho comparado”, Revista Persona v Sociedad XIV (3): 99-118, 2002; LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “La empresa como unidad económica”. Santiago, LexisNexis, 2010; ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”. Santiago, LegalPublishing, 2ª

□edic., 2007; TAPI

los derechos sindicales en el derecho Chileno del Trabajo”, en “Estudios en Homenaje al profesor William Thayer Arteaga”. Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. 2233
THAYER ARTEAGA, William. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp. 1431 “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª

NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual de trabajo. Tomo III”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª

UGARTE CATALDO, José Luis. “El concepto legal de empresa y el Derecho laboral chileno: Cómo salir del laberinto”, en: Revista Laboral Chilena (204):54-68, N°s 2-3, febrero-marzo, 2012; “El nuevo Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Universitaria, 1994, pp. 367

WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales”, *op. cit.*, 137

167; ¿Estatuto Social de la Empresa?, en “Estudios en Homenaje al profesor William Thayer Arteaga. Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. 2734 Por otra parte, merecen ser destacadas dos interesantes memorias para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas sociales, en las cuales se presentan visiones panorámicas del tema, a saber: BARRERA PEDEMONTE, Loreto Alejandra. “El concepto de empresa en el Derecho del Trabajo”. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2004;

legislador justamente porque si el criterio general fuere institucional, esta norma sería su lógica secuencia jurídica”³³⁴.

La tesis de Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida, reconociendo la prevalencia de contenido patrimonialista en la configuración legal de la empresa, sin embargo también admite la influencia e incorporación de contenidos institucionalistas. En ese sentido, podría razonablemente sostenerse que su tesis es mixta, integradora, o bien, portadora de una perspectiva patrimonialista media o suave.

La jurisprudencia de casación en el fondo de la CS también se ha alineado, en algunos de sus fallos, con esta concepción, según se puede advertir en el siguiente:

“Cuarto: Que, conforme a lo anotado, dilucidar el debate pasa por interpretar el sentido y alcance del inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo. Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”.

□4° del Código del Trabajo

“Quinto: Que la institución regulada en la norma antes transcrita, se conoce en doctrina como ‘principio de la continuidad de la empresa’ y constituye, en opinión de los autores, una excepción a la concepción patrimonialista de la misma. Tal protección se orienta a evitar la alteración, como se consignó, de los derechos y obligaciones emanadas de los contratos individuales de trabajo y de los instrumentos colectivos; la antigüedad del trabajador, para efectos de feriados, indemnizaciones y otros derechos; la existencia de organizaciones sindicales al interior de la empresa, etc. Todo ello como consecuencia de la modificación en el dominio, posesión o mera tenencia, conceptos en los que no se hace necesario profundizar, en la medida en que ellos son ampliamente conocidos y regulados en el área del derecho civil, ámbito al que no escapa, en el caso, el derecho laboral;”.

“Sexto: Que, entonces, debe precisarse que, ciertamente, el objetivo del legislador al prever esta institución fue establecer la continuidad de la relación laboral y la subsistencia de lo acordado, aun cuando se impone destacar la idea que prevalece en la disposición, cual es, que dos personas –o más– resultan vinculadas por un contrato, sin que medie acuerdo previo entre ellas. “Existirá lo que se ha dado en llamar ‘el contrato obligado’, importante y curiosa figura del Derecho Laboral, que representa una situación de excepción ante la Teoría del Derecho de Obligaciones y Contratos” (Manual de Derecho de Trabajo, tomo II, William Thayer Arteaga, Jurística de Chile);

□II, William Thayer Arteaga

“Séptimo: Que, esta ‘despersonalización del empleador’, como también se denomina a esta institución, tan específicamente prevista en nuestra legislación, no obstante sus especiales características, no pueden extenderse en términos tales de hacer responsable al nuevo empleador de las obligaciones insolutas o incumplidas por el anterior empleador. Esta

³³⁴ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio, “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo. Tomo III”. Santiago, Editorial

□III”. Santiago, Editor

conclusión se desprende de que dicha pretendida extensión extrapola el espíritu del legislador en orden a que estableció la institución de que se trata, solo para mantener la continuidad de la relación laboral y sus consecuencias jurídicas o prácticas, es decir, resulta indiferente para la ley la persona o ente que asume en calidad de empleador, pero en caso alguno puede entenderse que hace surgir un nuevo deudor de las prestaciones que hayan quedado pendientes debido a la terminación de la relación laboral con el anterior empleador, como acontece en la especie”³³⁵.

Esta comprensión jurisprudencial patrimonialista de la empresa, como se advierte, no es absoluta, sino que más bien se nos aparece como una regla general, ya que admite excepciones, como la derivada del principio de continuidad de la empresa, de inspiración institucionalista.

A continuación mostraremos que existe un repertorio de doctrinas y jurisprudencias que complejizan la antedicha comprensión, cuestión que nos permitirá distinguir versiones fuertes, medias y débiles o integradoras de la concepción patrimonialista de la empresa en nuestra cultura jurídica laboral.

2.4.2.1. Concepción patrimonialista fuerte

Las concepciones patrimonialistas fuertes conciben la empresa como un ente derivado del puro ejercicio del derecho de propiedad del dueño del capital que pone en movimiento la producción de bienes y servicios gracias a la contratación de mano de obra. En esta versión fuerte de la concepción patrimonialista, la empresa, en su configuración legal, excluye elementos institucionalistas, pues la nota distintiva fundamental es el derecho de propiedad y el contrato de trabajo.

La revisión de la jurisprudencia de casación en el fondo de la CS permite sostener que esta no es portadora de una concepción patrimonialista fuerte de la empresa. Y no solo porque así implícitamente lo ha dicho, a propósito del tratamiento del principio de continuidad de la empresa como excepción a la concepción patrimonialista, sino que también porque concibe a la empresa como un ente que se define y distingue en el ordenamiento jurídico laboral, básicamente, por la coordinación de ciertos elementos (capital y trabajo) orientados a la obtención de finalidades productivas. La empresa así comprendida, ya no es conceptualmente un ente constituido solo por la nota distintiva del derecho de propiedad del empresario, el contrato de trabajo o solo por la incorporación de trabajo; o solo por la conciliación entre

³³⁵ Corte Suprema, RCF, 25 de agosto de 2005, en: RDJ, CII, segunda parte, sección tercera, julio/diciembre, N° 9262005, pp. 943

capital y trabajo. La nota distintiva que termina de configurar el concepto de empresa es la organización y dirección de los factores productivos. Ya volveremos sobre esto.

Existen, sin embargo, algunos autores que suscriben una concepción patrimonialista fuerte. López Fernández es un ejemplo de ello³³⁶. En efecto, no otra interpretación de su pensamiento es posible hacer, a la luz de las siguientes afirmaciones: “En realidad, la empresa no es un bien jurídico específico ni un término que tenga significado jurídico determinado; es solo un instrumento para la regulación jurídica. Para el derecho laboral, lo relevante de la empresa es que constituye una organización para aprovechar, dirigir y coordinar el trabajo asalariado, sin importar cuál es el formato legal que adopte para operar válidamente en el mundo de las relaciones laborales. La organización llamada empresa, de la que hablamos en el derecho laboral, consiste en un conjunto de trabajadores subordinados a una autoridad contractual que, a cambio de una remuneración, obtiene de ellos trabajo, dedicación y obediencia. Sin trabajadores subordinados no hay empresa. Sin autoridad contractual sobre el trabajo tampoco hay empresa”³³⁷.

Puesto que la autoridad empresarial, bajo la antedicha concepción, dimana del contrato, y la empresa, en este orden de ideas, es una organización de hombres subordinados en virtud de un vínculo contractual, no puede sino concluirse que la empresa es un ente desprovisto de toda clase de notas institucionales, ya que se nos aparece como un simple instrumento regulativo.

No suscribimos la hipótesis de López Fernández.

En efecto, postula López Fernández que la nota distintiva suficiente con que nuestra ley define a la empresa en el inciso 2° del artículo 3° del Código de Trabajo individualidad legal determinada que identifica a una sociedad específica”³³⁸. Pensamos que esta idea no es correcta porque expresamente el inciso 2° del artículo 3° del Código de Trabajo considera aparte “la individualidad legal determinada”, tres notas distintivas más, a

³³⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “La empresa como unidad económica”, Santiago, LexisNexis, 2010.

³³⁷ *Ibidem*, p. 18.

³³⁸ *Ibidem*, p. 16. La frase completa es: “La ley define a la empresa en el inciso 2° del artículo 3° y 7° del Código de Trabajo, que persigue la identificación del empleador sin importar su identidad”.

saber: a) una organización de medios personales, materiales e inmateriales, b) bajo una dirección común, y c) para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos.

Una primerísima regla de justificación de los argumentos jurídicos en el contexto del ordenamiento jurídico chileno es someter la interpretación a las reglas legales que la gobiernan. Como sabemos, el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil establece que la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

La norma de interpretación jurídica precedentemente citada, nos obliga a preterir cualquier significado común de una palabra usada por la ley, si acaso la misma ley ha definido la palabra. El error de López Fernández es proponer una interpretación del concepto de empresa sin respetar la regla del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil presente, debería de haber considerado en su análisis todas las notas distintivas que configuran el concepto de empresa y no solo una de ellas y menos, por cierto, atribuirle el carácter de nota esencial o suficiente.

La base de corrección de cualquier interpretación del concepto legal de empresa supone considerar todas las notas distintivas que lo componen, para luego, preguntarse analíticamente por la importancia o peso de cada una de ellas. Dados esos pasos argumentativos, queda entonces abierto el camino para la correcta comprensión del concepto legal de empresa.

Pero asimismo, a nuestro juicio, incurre López Fernández en un segundo error de argumentación, consistente en suponer que “la individualidad legal determinada” que menciona la definición legal de empresa, sería sinónimo legal de una sociedad específica³³⁹.

Tal interpretación es incorrecta. El legislador laboral no define qué entiende por “individualidad legal determinada”. Más aún, ninguna ley define qué debemos entender por la

³³⁹ Según López Fernández, habría sido un invento de los ideólogos del Plan Laboral del gobierno militar “para impedir que las empresas se vieran amenazadas por negociaciones colectivas supraempresa, estableciendo que la denominación societaria que adopte cada empresa debía ser un límite jurídico infranqueable que fijara las deudas laborales que competen exclusivamente a cada firma”, v. LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “La empresa como unidad económica”, *op. cit.*, p. 15. Los legisladores de facto podrían suponer tal cosa, sin embargo no estamos en condiciones de sostener tal aserto, por cuanto no existen documentos o registros que acrediten tal voluntad política. Por otra parte, si la intención precisa hubiere sido la que sostiene López Fernández, entonces por qué el legislador de facto, con todo el poder en sus manos, simplemente no lo reguló expresamente en el sentido aludido, prefiriendo en cambio términos abiertos e indeterminados. Lo cierto es que pudiendo hacerlo, sin embargo no lo hizo, y optó por una fórmula abierta. La afirmación de López Fernández, por consiguiente, no nos parece del todo justificada.

individualidad legal determinada. Si el legislador no ha definido el término, las opciones que tenemos para una correcta justificación del sentido de las palabras, son: a) entenderlas en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, según ordena el artículo 20 del Código Civil, o b) asumiendo que se trata de palabras técnicas de la ciencia y el arte del derecho, también podríamos entenderlas en el sentido que le dan los que profesan la misma ciencia y arte, según ordena el artículo 21 del Código Civil.

Si tomamos la oración “individualidad legal determinada” en el sentido que podríamos darle en el campo del Derecho del Trabajo, el cual como hemos visto es gobernado en parte por el principio de realidad, tampoco podríamos establecer una relación de sinonimia legal entre el enunciado “individualidad legal determinada” y la palabra o idea de “sociedad”, “sociedad específica” o “personalidad jurídica”.

Primero por algo elemental: de la premisa “individualidad legal determinada”, y si se estuviera pensando que se trata en última instancia del empleador, no se sigue ni lógica ni materialmente que se trata de una “sociedad”, porque empleador, según dispone la letra a) del artículo 3° del CT, pueden ser personas jurídicas.

En segundo término, tampoco de la premisa “individualidad legal determinada” se sigue la idea de “personalidad jurídica”. En efecto, el principio de realidad nos impone el deber de asumir la nota distintiva “individualidad legal determinada” más allá de las apariencias o construcciones formales, como apariencias y construcciones formales son o pueden llegar a serlo en el mundo del Derecho del Trabajo, las sociedades e incluso la idea misma de personalidad jurídica, si con ella se pretenda soslayar el *ius cogens laboralis*.

Desde otro punto de vista, y sin mayores disquisiciones filosóficas³⁴⁰, convengamos que individualidad es “la calidad de una persona o cosa, por la cual se da a conocer o se señala singularmente”,³⁴¹.

En un Derecho del Trabajo donde el principio de realidad juega un rol decisor, la individualidad legal determinada puede ser definida como la propiedad o conjunto de

³⁴⁰ Para una perspectiva filosófica de la individualidad: MILLAS, Jorge. “Idea de la individualidad”. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2ª edic., prólogo de Carla Cordua, 2009.

³⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid, Editorial Espasa Calpe, tomo II, 21ª edic., 1998, p. 1159.

propiedades inherentes a una situación, circunstancia, cosa o persona que, con arreglo a la ley, permiten distinguirlas más allá de las apariencias o configuraciones formales. Así, podemos proponer qué individualidad legal determinada es la propiedad o conjunto de propiedades determinadas que permiten distinguir como un ente jurídico laboral denominado empresa, a toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines de económicos, sociales, culturales o benéficos.

Esa propiedad o conjunto de propiedades que constituyen la individualidad legal determinada deben ser empíricamente determinados, y caso a caso, subsumidos en la nota distintiva de organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines de económicos, sociales, culturales o benéficos.

En algunas oportunidades, coincidirá con una persona natural o jurídica determinada; otras veces en cambio esa individualidad será la que configuran varias sociedades gestionadas unitariamente, más allá de las formas jurídicas, cuestión que ha llevado a nuestra jurisprudencia a construir las categorías jurídicas de “holding laboral” y “unidad económica”³⁴². Estas categorías, estos seres jurídicos, estas individualidades jurídicas, entendidas como centros de imputación de obligaciones laborales, solo son posibles de concebir, más allá de la idea de personalidad jurídica, en el ordenamiento jurídico laboral.

Por estas consideraciones, nos parece más razonable comprender la expresión “individualidad legal determinada”, como la referencia a un ente o ser jurídico, contingente, que articula legalmente la organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos.

Entendemos que la concepción que hemos desarrollado ha sido recogida reiteradamente por la CS. Refiriéndose al concepto de “individualidad legal determinada”, ha señalado:

“Cuarto: Que el último requisito establecido en la norma citada, según lo ha resuelto esta Corte, no debe entenderse el atributo de la personalidad. Basta un ser jurídico”.

“Quinto: Que es un derecho del ser humano producir y tal derecho emana de su naturaleza. La ley solo tiene que reconocerlo y ampararlo. Tal facultad del ser humano ha ido variando, en cuanto a su forma de ejercicio y ha ido adoptando evolucionados y diferentes modelos. Uno de ellos es el denominado ‘holding’ o conjunto de empresas relacionadas, las que en general presentan un patrimonio común o parte de este es compartido. Atento a

³⁴² Sobre la emergencia y desarrollo de estas categorías jurisprudenciales, puede consultarse: ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”, op. □cit.

tales cambios, en la especie, ha de hacerse primar el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sea”.

“Sexto: Que en la confrontación de los hechos de esta causa con las normas previstas en los artículos 133 y 134 del Código del Trabajo en examen y lo razonado, se evidencia que en el caso de autos se está en presencia de un ‘holding’. En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como unidad económica”³⁴³.

A mayor abundamiento, cabe tener presente que cuando el legislador laboral ha querido circunscribir la idea de empresa a la de persona jurídica, lo ha regulado expresamente como en el caso de las empresas de servicios transitorios, definidas en el art. 183-F del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° ³⁴⁴ 20.123

En síntesis, ha sido el factor “dirección unitaria medios para la producción”, lo que ha llevado a la CS, en definitiva, a distinguir el ente o ser jurídico empresa, en el contexto de un entramado o red de sociedades y/o personalidades jurídicas.

Thayer Arteaga justifica esta idea del siguiente modo: “En nuestra opinión, muchos interpretaron la expresión “individualidad legal determinada” como “personalidad jurídica”, lo que en nuestra opinión no es procedente. Desde luego todas las personas naturales gozan de individualidad legal y pueden reclamarla si se les desconoce. A su vez, muchas instituciones colectivas son reconocidas con individualidad para ciertos fines, desde luego laborales, sin gozar de tal personalidad jurídica, como es el caso de quienes se unen para negociar, sin estar organizados en sindicato, o de establecimientos que gozan de igual derecho, sin tener personalidad jurídica”³⁴⁵.

Por todos estos argumentos, a nuestro juicio, no nos parece correcto postular que existe una relación de sinonimia legal entre “individualidad legal determinada” y “sociedad determinada”, como lo sugiere López Fernández.

³⁴³ Corte Suprema, RCF, 25 de agosto de 2005, en: RDJ, CII, segunda parte, sección tercera, julio/diciembre, N° 9262005, pp. 943

³⁴⁴ Artículo 183-F del Código del Trabajo: “Para los efectos de este Código, se entiende por: a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”.

³⁴⁵ THAYER ARTEAGA, William. “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”, *op. cit.*, p. 268.

Finalmente, merece ser destacada como una versión patrimonialista fuerte la sustentada por Ugarte Cataldo, quien postula que la empresa debe ser entendida, correctamente, como la proyección material de la actividad económica del empleador³⁴⁶, cuya función en nuestro ordenamiento no sería sino la de operar “como factor de modalización de las obligaciones del empleador, esto es, sirve para determinar cómo este debe cumplir con algunas obligaciones laborales”³⁴⁷. Para este autor, pues, “la noción de empresa no tiene autonomía normativa en nuestra ley laboral, diversa que la del empleador”³⁴⁸.

2.4.2.2. Concepciones patrimonialistas medias

Con las limitaciones, reducciones y sesgos que todo esfuerzo taxonómico implica, las concepciones patrimonialistas medias pueden ser caracterizadas por aceptar que la empresa surge por la concurrencia de un conjunto de elementos que derivan de una realidad organizativa, independientemente de la caracterización que le haya dado el ordenamiento en su conjunto, cuestión que no impide que pueda ser configurada como una organización de pertenencia e integración (institución), capaz de interiorizar a los trabajadores en los valores e intereses de esta, quedando el tema de la adquisición de personalidad circunscrito estrictamente al plano jurídico³⁴⁹.

En esta concepción se acepta que la empresa pueda ser una realidad por así denominarla, natural, orgánica o autónoma, social o económica, pero a su vez, no se pierde de vista que, si el derecho no la reconoce, entonces es como si no existiese para él. Lo mismo tratándose de la personalidad jurídica. Si el derecho no se la reconoce, entonces no la tiene, lo cual no significa que no pueda existir en el ordenamiento. Existen, pero sin personalidad, solo como objeto simple o compuesto.

Esta vocación realista de las tesis medias se sustenta en la dogmática de la definición

³⁴⁶ UGARTE CATALDO, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, t. 7. Muy recientemente vuelto sobre el tema de la empresa, en particular, criticando la interpretación que la CS tiene de la identidad legal de determinada empresa en el ámbito de las relaciones colectivas; interpretación que no se condice con la que tiene en materia de relaciones individuales de trabajo, y que es, como hemos visto, la concepción unitaria de empresa: UGARTE CATALDO, José Luis. “El concepto legal de empresa y el Derecho Laboral Chileno: cómo salir del laberinto”, en: Revista Laboral Chile 2-3 (204): 54-68, febrero-marzo, 2012.

³⁴⁷ UGARTE CATALDO, José Luis. “El nuevo Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 78.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 79.

³⁴⁹ IRURETA URIARTE, Pedro. “Empresa y personalidad jurídica”, *op. cit.*, p. 299.

En los estudios de estos autores se observa un reconocimiento de cierta naturaleza institucional de la empresa, pero diferenciándolo claramente de su configuración legal concreta.

Por supuesto que con matices y particularidades propias, en esta línea de pensamiento podrían ser ubicados, entre otros autores, Irureta Uriarte³⁵⁰, Miño Rojas³⁵¹, Aylwin Chiorrini³⁵².

Irureta Uriarte, por ejemplo, postula que las tesis que han pretendido vincular a la empresa con una persona legal se encuentran ampliamente superadas (tesis institucionalistas), puesto que se ha afinado el criterio que sostiene que la empresa no puede ser vista de manera simultánea como un objeto y un sujeto unitario de Derecho, ya que ambos conceptos se excluyen mutuamente y porque, además, de acogerse la tesis de la vinculación persona/empresa, el contrato de trabajo pasaría a un segundo plano. Pero con todo, el citado autor no niega que la empresa surge por la concurrencia de un conjunto de elementos que derivan de una realidad organizativa de medios económicos, humanos o tecnológicos, en la cual el empresario es el sujeto que se alza como titular con personalidad jurídica suficiente. Porque la empresa pudiendo ser ente con vida propia, sin embargo no posee personalidad jurídica, pues esta radica en el empresario que es una persona natural o jurídica, únicos sujetos a los cuales el ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica³⁵³.

Las tesis patrimonialistas medias, por consiguiente, conceptualizan a la empresa como un ente complejo, constituido no solo por elementos jurídicos sino que también por elementos económicos y sociales, en donde la libertad de empresa es el motor que la genera³⁵⁴, cuestión que supone radicar los efectos del emprendimiento, en el titular del derecho de propiedad, que no puede ser sino una persona natural o jurídica.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”, *op. cit.*

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ IRURETA URIARTE, Pedro. “Empresa y personalidad jurídica”, *op. cit.*, □299.

³⁵⁴ Sobre libertad de empresa desde una perspectiva jurídica laboral: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco (director). “Libertad de empresa y Relaciones Laborales en España”. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005; IRURETA URIARTE, Pedro. “Libertad de empresa: un caso de derecho comparado”, en: Persona y Sociedad XIV (3): 99-118, 2000.

Por estas razones, pensamos que esta clase tesis, siendo patrimonialistas, sin embargo lo son en un grado medio, puesto que las tesis fuertes excluyen completamente de su conceptualización de la empresa notas distintivas económicas y sociales, o institucionales si se prefiere el término, enfocando su distinción solo en la figura del derecho de propiedad de los medios de producción y en el contrato de trabajo como mecanismo de atribución de los frutos del trabajo ajeno.

Las tesis medias, por el contrario, no desconociendo la naturaleza contractual de la empresa, sin embargo amplían su comprensión al sustrato material de aquella, reconociendo otras notas distintivas y, con una dosis importante de realismo, proponen aceptar la configuración legal que en definitiva ordene el legislador. Podría decirse que las tesis patrimonialistas medias son menos ideológicas que las fuertes, que ven en la empresa solo una emanación del derecho de propiedad del empleador.

2.4.2.3. Concepción patrimonialista débil. Pasos hacia una visión integradora de la empresa

Pensamos que es posible distinguir una concepción patrimonialista débil en los discursos dogmáticos jurídicos laborales sobre la empresa, cuando se admite que el ordenamiento jurídico laboral positivo también reconoce influencias institucionalistas (recesivas o con un mismo nivel de importancia que las patrimonialistas). Vale decir, una concepción patrimonialista débil, admite la influencia de factores institucionalistas en la configuración legal de la empresa, y ya no solo como parte de su comprensión más general, que sería lo típico de las concepciones medias.

Las tesis patrimonialistas débiles también se caracterizan porque, a nivel de política laboral, proponen una conceptualización de empresa que concilia o busca un equilibrio entre los factores patrimoniales (capital) e institucionales (trabajo, organización, integración, dirección, participación), cuestión que los lleva a considerar la empresa como un ente o ser jurídico que trasciende los puros intereses del capital o de los trabajadores, y que la erige en factor de integración y desarrollo social pleno.

La valoración que hacen las concepciones patrimonialistas débiles de la aludida conciliación, transforma su discurso jurídico en uno más cercano a concepciones mixtas o integradoras, que a concepciones patrimonialistas o institucionalistas puras.

La distinción que proponemos (patrimonialista débil), por consiguiente, es inestable y compleja, siendo más factible postular, por el énfasis que se pone en la conciliación de factores, que se trata de una categoría superadora de las patrimonialistas e institucionalistas.

Sin duda el autor que más clara y sistemáticamente ha presentado esta concepción es Thayer Arteaga, quien, en una obra publicada en 1974, postulará, a nivel de política jurídica laboral, un estatuto de la empresa, en el cual se conceptualiza a esta como “la unidad de producción o comercio de bienes o prestación de servicios organizada con el concurso de trabajadores e inversiones bajo una dirección común y con miras a satisfacer necesidades colectivas”³⁵⁵. Trátase de una “institución que compromete en su funcionamiento no solo el interés de quienes la constituyen como aportantes de trabajo, capital o dirección, sino el de quienes socialmente se relacionan con ella, sean consumidores, proveedores, comunidad local, comunidad regional, Estado o comunidad internacional”³⁵⁶.

Esta conceptualización de empresa fue recogida en el Decreto Ley N° 1.006 de 1975 sobre Estatuto Social de la Empresa, promulgado y publicado, pero que, como ya señaláramos, nunca alcanzó a entrar en vigencia.

En la quinta edición del Manual del Derecho del Trabajo, Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida aceptan que a nivel positivo nuestro ordenamiento jurídico solo consagra en un plano general la concepción patrimonialista, pues se han consagrado importantes excepciones, como el principio de continuidad de la empresa previsto en el inciso segundo del artículo 4° del Código del Trabajo. Dicho precepto es de alcances tan amplios que, según los citados autores, “ha estatuido nuestro Derecho lo que con acierto llama Mario Deveali ‘la despersonalización del empleador’. Su aceptación implica que muchas instituciones del Derecho Laboral prescinden de la calidad de la persona del empleador, para tener en cuenta exclusivamente la naturaleza de la actividad que se realiza en cada unidad productiva”³⁵⁷.

En su última obra publicada, Thayer Arteaga reitera su visión integradora de la empresa porque esta “configura un sitio donde confluyen en la vida económica los aportes de capitales, créditos, prestigio, capacidad directiva, capacidad técnica, esfuerzo humano intelectual o

³⁵⁵ THAYER ARTEAGA, William. “Empresa y Universidad”. Santiago, Editorial Andrés Bello, 1974, p. 41.

³⁵⁶ THAYER ARTEAGA, William. “Empresa y Universidad”, *op. cit.*, 421

³⁵⁷ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual de trabajo. Tomo III”, *op. cit.*, 87.

físico, y muchos otros, afectándolos a la tarea común que se emprende”³⁵⁸. Asimismo reitera que la definición de empresa del artículo 3° del Código del Trabajo expresa el significado de la empresa para el mundo de las relaciones laborales”³⁵⁹.

Una revisión del estado de doctrina iuslaboralista no puede dejar de considerar la contribución de Tapia Guerrero a las tesis integradoras. Analizando dogmáticamente el artículo 3° del Código del Trabajo, afirma que empresa y empleador no constituyen conceptos contradictorios sino que expresan una misma idea en donde el elemento determinante en uno es esencialmente contractual y en el otro principalmente institucional”³⁶⁰.

De igual modo, tampoco podríamos excluir la obra de Walker Errázuriz, quien propone que la empresa constituye, cualquiera que sea su régimen jurídico, una comunidad de intereses en la cual convergen tres elementos: a) la dirección de la empresa (dueños del capital), b) los trabajadores, y c) la colectividad representada generalmente por el Estado”³⁶¹.

2.4.2.3.1. Sobre la corrección de la tesis patrimonialistas débiles y/o integradoras

Justificaremos que nuestro ordenamiento jurídico laboral configura una concepción de la empresa que integra elementos conceptuales patrimonialistas e institucionalistas, posibilitando una interpretación de esta, como un ser jurídico o ente distinto de las partes de la relación jurídica laboral y de los demás elementos que, estructuralmente, confluyen en ella.

La primera cuestión que debemos tener presente es que el inciso cuarto del artículo 3° del Código del Trabajo, señala que “para los efectos de la legislación laboral y seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”. La norma es clara: “para los efectos de la legislación laboral y seguridad social”, y no para otros efectos, es que la empresa es, lo que dice que es la norma jurídica citada.

Y esta elemental funcionalidad legal es la clave hermenéutica que nos permitirá

³⁵⁸ THAYER ARTEAGA, William. “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”, *op. cit.*, p. 47.

³⁵⁹ *Ibidem* pp. 48.

³⁶⁰ TAPIA GUERRERO, Francisco. “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el Derecho Chileno del Trabajo”, *op. cit.* p. 39.

³⁶¹ WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales”, *op. cit.* p. 144.

comprender correctamente la norma en análisis.

En efecto, el ordenamiento jurídico laboral en tanto un sector del ordenamiento jurídico general, crea sus propios elementos, sujetos y objetos de derecho, mediante el paso epistemológico básico de la definición. Así, la definición legal de empresa crea el ente abstracto que deberá ser aplicado, caso a caso, en la realidad laboral³⁶². Y lo crea, reiteramos, solo “para los efectos de la legislación laboral y seguridad social”, no para los efectos de la legislación comercial tributaria, penal u otras, sin perjuicio ciertamente de las remisiones que cada una de esas legislaciones pueda hacer a la legislación laboral.

Para la legislación laboral la empresa es una organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

La definición legal de empresa es el cristal con el cual debemos distinguir el ente o ser jurídico que el Código del Trabajo denomina empresa. Y ese cristal, esa definición, por mandato legal, resulta insoslayable (art. 20 del CC).

Por consiguiente, ahí donde exista una organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada; ahí pues, deberemos distinguir una empresa (pero solo para efectos laborales y previsionales).

Puesto que ninguna de las notas distintivas de la definición, hace referencia a que la empresa es solo una cosa productiva; un conjunto de trabajadores subordinados a una autoridad contractual; una simple reunión de capital o un haz de derechos de propiedad o bien, una proyección organizacional del ejercicio del derecho de propiedad del titular del capital, es que debe descartarse que estemos en presencia de una conceptualización patrimonialista pura de la empresa.

Asimismo corresponde descartar que la definición legal en comento configure una conceptualización meramente institucionalista de la empresa, porque no se refiere a ella como un ente orgánico o como un fenómeno social y natural, que haya existido con anterioridad a su reconocimiento legal. Es decir, el Código del Trabajo, cuando dice que para los efectos de la legislación laboral y previsional entenderá por empresa la fenomenología de hechos que

³⁶² Mediante subsunción, en términos que H es un caso de S, a saber: S está plenamente caracterizada por las notas distintivas N¹, N², N³, H presenta las notas distintivas N¹, N², N³. Luego H es un caso de S.

exige, está en ese mismo acto creando la conceptualización de la empresa laboral que, con anterioridad, no existía como ente o ser en el ordenamiento jurídico laboral³⁶³.

En nuestra opinión, la definición de empresa del Código del Trabajo plasma un conjunto de notas distintivas, todas presentadas con el mismo nivel de importancia que las otras, todas las cuales deberán ser tenidas presentes para distinguirlas en la dinámica realidad laboral.

Se trata de un concepto complejo, porque está compuesto por varias notas distintivas que, en sí mismas, además, encierran complejidades, a saber: a) una organización de medios personales, materiales e inmateriales, b) ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, y c) dotada de una individualidad legal determinada.

Como se advierte, no es posible afirmar que se trata de notas distintivas meramente patrimonialistas o institucionalistas. Si, en cambio, se puede afirmar que cada una de las notas distintivas incorpora cada una de estas perspectivas. Así por ejemplo, la nota distintiva a) introduce el factor patrimonialista, cuando se refiere a los medios materiales; el factor trabajo, al hablar de “medios inmateriales”; el factor institucional, cuando utiliza el término “organización” o, lo mismo, cuando en la nota distintiva b), instala la frase “ordenados bajo una dirección común”.

Por estos argumentos, somos de la opinión que nuestra legislación consagra una conceptualización de empresa que está mucho más cerca de una perspectiva integradora de notas distintivas patrimonialistas e institucionalistas, que de cada una de ellas individualmente consideradas, porque la empresa no se define como una pura proyección del derecho de propiedad del titular del capital o como una pura comunidad social o institucional.

Pensamos que la jurisprudencia nos acompaña en esta conceptualización. Una breve revisión de algunas sentencias demostrarán la plausibilidad de esta afirmación.

Ya en 1991, fijando el *landmark* de lo que llegará a constituirse en la tendencia

³⁶³ La circunstancia que la CPR, como veremos más adelante, reconozca la existencia de la empresa no contradice el argumento anterior porque el reconocimiento que hace la CPR es un reconocimiento general, y no solo para efectos jurídicos laborales. El CT, por consiguiente, lo que hace es que reconduce tal regulación al campo laboral, lo cual implica crear específicamente las notas distintivas del ente o, si se prefiere, recortar del sustrato constitucional de empresa a la empresa en función de su constitución en el ámbito de las relaciones laborales.

dominante hasta el día de hoy de la jurisprudencia, se dijo que:

“(…) el concepto de empresa en materia de legislación laboral es más amplio que el de sociedad (…) constituyen una sola empresa dos sociedades que, con medios que ambas proporcionan, ordenadas bajo una misma gerencia, concurrentes al logro de un fin económico común, se dedican, la una, al transporte de valores y la otra al conteo de monedas y a la liquidación y pago de remuneraciones, ya que no es posible concebir el transporte de valores, sin que previamente las monedas hayan sido contadas y envasadas ni es tampoco posible suministrar el servicio de pagadores sin que el dinero para efectuar el pago sea transportado al lugar en que este se efectúa”³⁶⁴.

Con el correr del tiempo, y a propósito de los llamados grupos de empresas y los procesos de división, fusión y filiación de empresas, la CS irá refinando la doctrina precedentemente esbozada, arribando a lo que algunos autores enmarcan “bajo una idea de concepto unitario de empresa”³⁶⁵ o, simplemente, doctrina de la unidad económica³⁶⁶.

En síntesis, la doctrina jurisprudencial, amparada en la definición legal de empresa y en la supremacía del principio de primacía de la realidad, sostiene que varias sociedades y/o personas jurídicas distintas, si se encuentran bajo una misma dirección, configuran una unidad económica, en definitiva, se configura el concepto legal de empresa, solo para fines laborales y previsionales. En tal caso, frente a pretensiones jurídicas laborales individuales de los trabajadores, todas las personas jurídicas que conforman la empresa deberán responder³⁶⁷.

Se ha dicho así:

“Tercero: Que el artículo 3° del Código del Trabajo efecto señala ...se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

Cuarto: Que el último requisito establecido en la norma citada, según lo ha resuelto esta Corte, no debe entenderse el atributo de la personalidad jurídica. Basta un ser jurídico.

Quinto: Que es un derecho del ser humano producir y tal derecho emana de su naturaleza. La ley solo tiene que reconocerlo y ampararlo. Tal facultad del ser humano ha ido variando, en cuanto a su forma de ejercicio y ha ido adoptando evolucionados y diferentes modelos. Uno de ellos es el denominado “holding” o conjunto de empresas relacionadas,

³⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de junio de 1991, en: RDI, tomo sección tercera, p. 84.

□LXXXVIII, 1991,

³⁶⁵ TAPIA GUERRERO, Francisco, prólogo, en: ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”, *op. cit.*, □1,

³⁶⁶ LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “La empresa como unidad económica”, *op. cit.*

³⁶⁷ Existen numerosos fallos. Para una revisión analítica de los más importantes, consultar: ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el Derecho Chileno del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 165; LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. “La empresa como unidad económica”, *op. cit.*, 625

las que en general presentan un patrimonio común o parte de este es compartido. Atento a tales cambios, en la especie, ha de hacerse primar el principio de la realidad, esto es, la verdad o autenticidad en las relaciones laborales, aquello que son y no lo que las partes han querido que sea.

Sexto: Que en la confrontación de los hechos de esta causa con las normas previstas en los artículos 3° y 4° del Código en autos se está en presencia de un holding. En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como unidad económica”³⁶⁸.

Acreditada, pues, que sea la existencia de a) una organización de medios personales, materiales e inmateriales, b) ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, y c) dotada de una individualidad legal determinada, y aunque esta organización abarque más de una persona jurídica o natural, se distinguirá, entonces, una empresa.

Prima facie, es cierto que el fallo permitiría (si es leído como un hecho aislado del resto de la jurisprudencia) interpretar que CS distingue entre empresa y unidad económica, en el sentido que una unidad económica es un ente integrado por varias empresas, y que no sería, por tanto, una empresa propiamente tal, ya que dice:

“En efecto, ya está dicho que las empresas individualizadas, aparte de tener la calidad de relacionadas, se ordenan bajo una misma dirección, lo que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como unidad económica”.

Pero desde un punto de vista lógico, lo cierto es que la CS subsume la realidad que distingue como unidad económica o holding en la definición legal de empresa, dejando claramente establecido que serán considerados como una empresa porque precisamente se configuran plenamente en su constitución, las notas distintivas legales. Es decir, la CS razona del siguiente modo: H es un caso S, porque S está plenamente caracterizado con las notas distintivas N¹ N² N³ y H presenta las notas distintivas N¹ N² N³. Luego, H es un caso de S, en donde S es el ente definido como empresa.

Por otra parte, la misma CS ha dicho que respecto de la nota distintiva “dotada de una individualidad legal determinada”, no debe entenderse el atributo de la personalidad jurídica. Basta un ser jurídico. Ese ser jurídico, puede ser un holding, tres sociedades, o en definitiva, lo que la CS ha identificado con el término unidad económica, por concebir la empresa ahí

³⁶⁸ Corte Suprema, RCF, 25 de agosto de 2005, en: RDJ, CII, segunda parte, sección tercera, julio/diciembre, N° 2, 2005, 9943

donde hay unidad de dirección de los diversas unidades o componentes del sistema productivo, “lo que las hace aparecer ante los trabajadores y terceros como unidad económica”. Nosotros decimos, que las hace aparecer como empresa, por ser el concepto jurisprudencial de unidad económica, fruto de la subsunción que se ha hecho de la definición de empresa que expresamente consagra el artículo 3° del CT. Por lo que la CS está distinguiendo es un tipo de empresa, a la cual denomina, genéricamente, unidad económica.

En la actualidad la CS aplica esta conceptualización solo en el dominio de las relaciones jurídicas individuales, no haciéndola extensiva a las relaciones colectivas del trabajo.

Pensamos que, si, como dice el inveterado *adagio* jurídico, donde existe la misma razón ha de existir la misma disposición, ergo, no se advierten fundamentos para no hacer extensiva la doctrina unitaria de empresa a las relaciones colectivas del trabajo.

2.5. La empresa como fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno

El análisis del concepto legal de empresa nos ha conducido a la comprensión de este como una síntesis o integración de elementos patrimonialistas e institucionalistas y/o comunitarios.

Bajo esta conceptualización, resulta razonable concebir en el ordenamiento jurídico laboral chileno a la empresa como la fuente del empleo y no, al empleador.

Un primer argumento es una razón legal básica: el legislador expresamente ha distinguido la empresa del empleador.

El empleador es “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”, dice la letra a) del artículo 3° del Código del Trabajo.

Empresa, en cambio, es “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”, dispone el inciso cuarto del citado artículo 3°.

Las definiciones transcritas se refieren a dos cosas distintas, a dos cortes diversos de la

realidad laboral.

En un caso, la ley identifica al empleador, que es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de trabajadores y que tiene un título jurídico de apropiación sobre los frutos de aquellos. Y en el otro, a la organización³⁶⁹ de medios en pos de fines productivos, a la cual se integran los trabajadores y también, el empleador.

La conceptualización legal de empresa implica necesariamente la idea de generación de empleo de los recursos productivos (trabajo y capital), porque si aquella es una organización productiva, no podría serlo sin el supuesto de incorporar organizacional y racionalmente los medios para producir bienes y servicios. No se pueden producir bienes o servicios, desde la nada, o sin contar con los medios personales, materiales e inmateriales para hacerlo. Sin el empleo de tales factores, la empresa, legalmente analizada, no puede llegar a constituirse como ente o ser jurídico porque es una organización de medios, idea que implica previamente que existan tales medios y que, por cierto, se empleen, puesto que se organizan. Ergo, el concepto de empresa implica la idea de empleo.

La conceptualización legal de empleador, en cambio, no necesariamente implica la generación de empleo, pues su eje legal definitorio es la utilización u obtención de los beneficios que el empleo de los recursos producidos proporciona. Se trata de una definición tributaria de una perspectiva patrimonialista y contractual, que no concibe holísticamente el fenómeno del empleo, ya que atiende básicamente a quien se apropia jurídicamente y en forma originaria de los frutos del trabajo (esto es, al dueño de la empresa, el empresario o empleador).

En segundo lugar, si bien es cierto que una primera mirada al asunto podría conducirnos a sostener, desde un plano legal, que la causa inmediata del empleo es el contrato individual de trabajo, no es menos preciso afirmar que la causa mediata es la organización de medios, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o

³⁶⁹ Desde un punto de vista epistemológico, entenderemos por organización las relaciones que deben darse entre los componentes de algo para que se le reconozca como miembro de una clase específica. Y por estructura, los componentes y las relaciones que concretamente constituyen una unidad particular realizando su organización. Así, para que podamos distinguir legalmente la unidad empresa, deberemos distinguir las relaciones que se constituyen entre los medios personales, materiales e inmateriales, cuyo factor de unidad está dado por la ordenación o dirección empresarial, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada. La estructura de la empresa son los componentes de ella, a saber: capital y trabajo, las relaciones contractuales que coordinan esos factores. Para una revisión de las categorías organización y estructura, V. MATURANA R., Humberto y VARELA G., Francisco. "El árbol del conocimiento". Buenos Aires, Lumen, Editorial Universitaria, 1ª edic., p. 28.

benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

El contrato de trabajo que da origen individualmente a un empleo surge cuando se pone organizadamente en movimiento un conjunto de elementos que, aisladamente considerados, por sí mismos, no podrían hacerlo.

Para el legislador laboral, la empresa no es solo capital, porque el capital aisladamente considerado no produce directamente un empleo. Aunque resulte obvio decirlo, tampoco solo las personas naturales o jurídicas pueden llegar a ser una empresa, porque si aquellas no están adscritas a un proyecto productivo, no podrán contribuir a la generación de empleos. Asimismo, el factor organización y dirección resultan incomprensibles si acaso no se les asocia en función de los elementos que coordinan y que, por esta razón, pierden su aislamiento y en coordinación racional generan la empresa.

El contrato de trabajo es solo el instrumento convencional que permite utilizar legalmente los servicios de los trabajadores. Para que exista la necesidad de contratar trabajadores, primero debe existir un proyecto productivo que demande tales prestaciones. La idea de empresa, por consiguiente, es previa a la idea de contratación laboral.

No existe inconveniente jurídico alguno que prohíba concebir laboralmente una empresa que no utilice trabajadores, sino solo prestadores personales civiles e, incluso, que solo subcontrate la prestación de servicios. Vale decir, es perfectamente posible concebir una empresa sin trabajadores, esto es, y según dispone el artículo □3° del Código personas naturales que le presten servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia y subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo. Pero nada impide que esa misma empresa que no ha contratado trabajadores, luego proceda a hacerlo, constituyéndose en una empresa laboral. De lo anterior se sigue, por tanto, que la empresa es, por así decirlo toscamente, un fenómeno anterior o previo al empleo de trabajadores.

Ciertamente y desde otro ángulo, cómo negar que la empresa también es una realidad económica-social, institucional o comunitaria. Pero el fenómeno económico-social que representa la empresa es reconstruido por el sistema jurídico conforme a los fines y objetivos de política legislativa de la sociedad en donde esta es reconocida o configurada legalmente. El derecho no es un mero reflejo de la realidad, sino que una fuerza que también contribuye a conformar la sociedad³⁷⁰. Y al respecto hay que tener presente que, en la conformación que el

³⁷⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis. "Estudio Preliminar", en: RIPERT, George. "Aspectos Jurídicos del

Derecho del Trabajo chileno ha hecho de la empresa, la ha distinguido claramente del empleador.

El empleador es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de los trabajadores. Pero el aprovechamiento u obtención de los beneficios de esos servicios, supone una organización de medios ordenada bajo una dirección común, por modesta, borrosa o precaria que sea. En pocas palabras requiere de una empresa. El empleador, aunque parezca obvio decirlo, por sí mismo y aisladamente considerado, no produce o genera nada, ni bienes ni empleos. Precisa forzosa y necesariamente de una organización de medios personales materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de los objetivos propuestos.

El empleo, por tanto, tiene su fuente en la empresa. Ahí está su origen, porque es fruto de la organización racional de los factores productivos que, por cierto, imposible negarlo, es puesta en marcha por el empresario y/o empleador. Un reconocido autor nacional que ha reflexionado sobre el tema, no ha podido sino que aceptar que “todos los elementos que definen a la empresa de acuerdo al artículo

□3° del Código,

organizativo del empleador como sujeto de la relación laboral. Empresa y empleador no constituyen conceptos contradictorios, sino expresan una misma idea donde el elemento determinante en uno es esencialmente contractual y en el otro principalmente institucional. Uno mira más bien a un sujeto del derecho de obligaciones y la otra a los elementos que lo configuran. En efecto, mientras el concepto de empresa se configura mediante los elementos organizativos que consisten en la ordenación de los recursos para la consecución de la finalidad perseguida y que importa además su administración, el concepto de empleador se refiere al ejercicio del poder de dirección respecto del trabajador”³⁷¹.

Es la organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección la que, por tanto, para el logro de los fines económicos, sociales, culturales o benéficos, genera la oferta de empleo asalariado en el mercado de trabajo, toda vez que para producir los bienes o servicios que desea proveer, deberá contratar los medios personales, es decir, las personas-trabajadoras necesarias para conseguir sus objetivos.

Capitalismo Moderno”. Granada, Editorial Comares, traducción de José Quero Morales 2001, p. CXXII.

³⁷¹ TAPIA GUERRERO, Francisco. “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el derecho chileno del trabajo”, en SOCIEDAD CHILENA DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. “Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer”. Santiago, Sociedad Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, p. □238.

Y es que, quién podría rebatirlo, la empresa, laboralmente entendida, no es una cosa productiva abstracta y aislada³⁷². La empresa es la organización de medios y la acción racionalmente organizada del hombre sobre las cosas para hacerlas producir. La acción transformadora del hombre sobre las cosas implica esencialmente una organización de medios y una dirección, por simple, elemental o a veces indistinguible, *prima facie*, que esta sea. Existe una organización y coordinación de medios, tanto en una compleja y gigantesca empresa automotriz en Japón, en un *call center* en Bombay, como en un puesto de comida callejera en Santiago de Chile.

En síntesis, la conceptualización que integra elementos patrimonialistas e institucionalistas, permite distinguir a la empresa como fuente del empleo, porque, distinguiendo a la empresa como una organización de medios que genera el empleo de los factores productivos, tampoco se pierde de vista que el gobierno de la misma está estructuralmente ligado a los derechos de propiedad del titular del capital de la misma, quien se apropia legalmente de los frutos que le proporciona la empresa.

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA LABORAL DE LA FUENTE DEL EMPLEO

La palabra protección no se encuentra definida en el Código del Trabajo o en otras leyes de la República. Por consiguiente, recurriendo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, *prima facie*, asumiremos que, en su sentido más general, significa “amparar, favorecer, defender”³⁷³.

Como hemos mostrado en el capítulo I, la protección jurídica laboral del trabajador se ha hecho efectiva mediante el establecimiento de una compleja red de derechos mínimos irrenunciables que amparan, favorecen y defienden al trabajador de las fuerzas del libre mercado. Estos derechos mínimos laborales son la estructura básica del orden público laboral y expresan las grandes orientaciones valóricas o bienes jurídicos³⁷⁴ que la sociedad

³⁷² THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo p. □164.

³⁷³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, *op. cit.*, □1681.

³⁷⁴ El concepto de bien jurídico es un producto del temprano liberalismo del siglo XIX que, habiendo sido complejizado y muy discutido por las dogmáticas penales a propósito de los fundamentos de los límites del *ius puniendi*, también ha extendido su uso, prácticamente, a todas las zonas del derecho, para referir de modo general los pilares valóricos o intereses básicos del ordenamiento incorporados al sentido de los enunciados jurídicos. Así se

política, en un momento determinado de su evolución, ha decidido preservar y promover, convirtiéndolos en derecho positivo.

Nuestra tesis sostiene que el derecho positivo del trabajo chileno ha evolucionado hacia la configuración de un ordenamiento jurídico laboral que no solo protege al trabajador sino que también a la empresa en tanto fuente del empleo.

Pero, ¿qué significa protección a la fuente del empleo?

La protección que generalmente se utiliza en el ordenamiento jurídico laboral chileno, suele ser de dos clases:

La primera y más utilizada, incluso por defecto, consiste en declarar irrenunciable al derecho y, por tanto, fuera del comercio humano. Esta protección directamente persigue la preservación e intangibilidad de los bienes y de los derechos. El inciso segundo del artículo

5° del CT es el ejemplo paradigmático

dice, que el derecho protege determinados bienes jurídicos. Por ejemplo, la libertad sindical, en el caso del derecho colectivo del trabajo. O la igualdad contractual y dignidad laboral, como bienes jurídicos generales protegidos por el Derecho del Trabajo. Lo que se valora y erige como bien jurídico en un momento determinado de la evolución de los sistemas jurídicos, son las preferencias políticas jurídicas de la cultura dominante, porque, como escribiera Bustos, “el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica” (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal. Parte general”. Barcelona, Editorial Ariel, 3ª edic., 1989, p. 55). Sobre la discusión y evolución del concepto de bien jurídico, puede consultarse: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Control social y sistema penal”. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, pp. 203 “Manual de Derecho Penal. Parte general”, *op. cit.*, pp. 54 y 154-165; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. “Tratado de Derecho Penal Tomo I Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible”. Buenos Aires, Editorial Astrea, actualizada por Heinz Zipf, traducción de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 1994, pp. 333 ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. Libro I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito”. Madrid, Editorial Civitas, traducción de la 2ª ed. alemana y notas p. Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª edic. (en Civitas), 2001, pp. 749 Para una visión general de las discusiones sobre el rol de los valores y la moral en el derecho y sus relaciones, puede consultarse: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del derecho”. Barcelona, Editorial Ariel, 2ª edic., 1999; DE LINDE, Giorgio. “Filosofía del Derecho”. Barcelona, Perrot, traducción Cristóbal Orrego Sánchez, 2000, pp. 173 HART, Herbert. “El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral”, *en*: “Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, traducción y nota preliminar de Genaro R. Carrió, 1962, pp. 64; KAUFMANN, Arthur. “Filosofía del derecho”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª edic., 2ª reimp., 1991; LARENZ, Karl. “Metodología de las Ciencia Jurídica”. Barcelona, Editorial Ariel, 1ª edic., 1990; NEGRE, Carlos. “Introducción al análisis del derecho”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edic., 1995, pp. 353 Gregorio. “Los valores superiores”. Madrid, Tecnos, 1984; SANTAMARÍA, Javier. “Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político”. Madrid, Editorial Dykinson /Universidad de Burgos, 1997; VÁZQUEZ, Rodolfo. “Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo” (compilador). Barcelona, Editorial Gedisa, 1ª reimp. de la 1ª edic., 2006. “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis”. Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2ª edic., 2006.

“Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

A esa forma de protección, le denominaremos protección por preservación.

La segunda forma de protección consiste en la promoción o reproducción del bien en la sociedad, cuestión que se explica por la importancia que se le asigna en la estructura y organización jurídica básica de la sociedad. El inciso cuarto del art. 1º de la CPR es la norma marco de esta forma de protección:

“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 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”.

Como fuera destacado por Bobbio, el paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho es también el paso de un derecho cuya función principal no solo es controlar los comportamientos desviados sino que también dirigir el desarrollo social³⁷⁵. Se trata del paso de una teoría del Derecho centrada en la función protectora y represiva, propia del Estado liberal clásico, a una teoría del Derecho que combina la anterior función, con una función promocional o de alentamiento de cierto orden económico social³⁷⁶.

Según Bobbio, desde el punto de vista de la norma jurídica, un primer intento por caracterizar este fenómeno, lo hace F.A. Hayek cuando afirma “que una de las principales maneras con la que se ha verificado la destrucción del orden liberal” consiste “en la progresiva sustitución de las reglas de conducta por reglas de organización”, sugiriendo con esto que el Estado liberal clásico se estructura básicamente con normas primarias, mientras que el Estado social o de bienestar, con normas secundarias³⁷⁷. Para Bobbio, F.A. Hayek capta un aspecto importante del cambio, “pero si pretende ser acogida como un nuevo modelo exhaustivo, como todas las teorías reduccionistas es también inadecuada”³⁷⁸.

³⁷⁵ En: GUASTINI, Riccardo. “Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho”. Barcelona, Editorial Gedisa, traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, 1999, pp. 773

³⁷⁶ BOBBIO, Norberto. “Contribución a la teoría del derecho”. Madrid, Editorial Debate, estudio preliminar y traducción Alfonso Ruiz Miguel, 1990, pp. 3721

³⁷⁷ Ibidem, p. 378.

³⁷⁸ Ibidem. p. 378. Al Hayek los planes del Estado Liberal de Derecho al Social de Derecho, y que el citado autor los trata como un caso de “la transformación del derecho privado en derecho público a través de la legislación social”, pueden ser apreciadas en: HAYEK, Friedrich A. “Derecho legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política”. Madrid, Unión

Es posible justificar que se promueve la empresa en el Estado Social de Derecho porque se valora el empleo que genera. Y se valora el empleo porque se considera que es una de las vías para superar las desigualdades que, por cierto, generan injusticias sociales, por todos reconocidas como causa del alejamiento de la paz y del progreso social.

Nuestra tesis en esta parte de la argumentación dice que el ordenamiento jurídico laboral chileno protege a la fuente del empleo de las dos formas precedentemente distinguidas, esto es, por preservación y por promoción.

Justificaremos nuestra afirmación mediante una revisión escalonada del ordenamiento jurídico laboral positivo chileno, en sus tres niveles más relevantes, a saber: 1. Constitución, 2. Tratados de Derechos Humanos, y 3. Ley.

Puesto que la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno positivo es la empresa, a partir de ahora utilizaremos indistintamente los términos protección de la empresa o protección de la fuente de la empresa, para referir la misma idea.

1. LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Como lo adelantáramos en el Capítulo II en la doctrina constitucional chilena se ha fundamentado que la Constitución Política de la República de Chile recepcionaría la idea de Estado Social y Democrático de Derecho, ya que las bases de la institucionalidad le asignan al Estado un rol activo en la orientación de la vida social y económica³⁷⁹, creando el marco institucional para que este promueva el bienestar en la sociedad. No se trataría, por tanto, de un Estado Liberal de Derecho, concentrado solo en las libertades negativas, la propiedad privada y la autorrealización individual, en desmedro de la igualdad³⁸⁰, sino de un Estado

Editorial, 2006. Especialmente en la primera parte “Normas y Orden”, pp. 179. Una referencia puntual en pp. 1795

³⁷⁹ CPR art. 1º, inciso quinto, sobre todo cuando dice que es deber del Estado “promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

³⁸⁰ Que, en una aproximación general, consiste “en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor de la solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo (...) La idea de igualdad puede referirse al Derecho, es decir, ser igualdad ante la ley, a veces llamada igualdad formal, y sería igualdad en el ámbito del sistema jurídico, o igualdad en la vida social, en la realidad de las relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material”, v. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1ª

1999, p. reimp., 284. El TC ha re
“Sexagesimotercero: Que, desde la perspectiva conceptual, la igualdad es sometida por la doctrina a una doble dimensión. Por una parte, la igualdad como principio, según la cual los individuos, sin distinción alguna, tienen la

constituido bajo una cierta concepción jurídica de cómo debe conseguirse el bienestar, al cual le ordena *ab initio* que asuma un rol activo y positivo en dicha tarea de configuración normativa de la sociedad.

No entraremos en la discusión sobre la precisión jurídica del concepto Estado Social de Derecho, así como sobre su naturaleza, problemas, crisis y evoluciones³⁸¹. Supondría tal ejercicio argumentativo superar con creces los lindes que demarcan el espacio teórico de esta tesis. Sin embargo, es necesario que, en función de los objetivos trazados, fijemos algunas ideas en torno a tal cuestión, a saber:

Si la CPR es interpretada con criterios originalistas³⁸², como de hecho lo ha sido en muchas oportunidades y en diversas materias, las posibilidades de distinguir en ella alguna orientación social, igualitaria o promocional (o cerca de conceptos de Estado Social de Derecho), sin duda que no serán las óptimas, porque tal perspectiva hermenéutica puede conducirnos a comprenderla o ver en ella la norma fundamental de lo que algunos autores han

misma aptitud jurídica, que es la que se encuentra en el inicio de la formulación constitucional del número 2º del artículo 1º de la Constitución Fundamental. Por otra parte, encontramos la igualdad como “ideal de igualdad efectiva (por ejemplo: económica, de educación, etc.) que las normas e instituciones deben lograr en forma progresiva, atenuando las desigualdades de hecho” (Gerard Cornu: “Vocabulario Jurídico”, asociación Henri Capitant, Temis, Bogotá, 1995); Sexagesimocuarta. Que el concepto de igualdad atingente al caso de la especie es el de igualdad efectiva, que se encuentra establecido en el inicio del segundo inciso del número 9º del artículo 19 de la Constitución: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Como la expresión “acciones” se repite en todo el resto del precepto, debe entenderse que el acceso igualitario abarca a todas ellas, sean las que se presten a través de instituciones públicas o privadas”, v. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, INA, Rol N° 1082734 de abril de 2010, ejemplar propio impreso. Disponible [on line] <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes> [consulta: 24 febrero 2012].

³⁸¹ Para una panorámica de los principales temas que involucra la idea de Estado de Derecho, liberal-burgués o social; sus evoluciones, problemas y crisis: BÖCKENFORDE, Ernest Wolfgang. “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”. Madrid, Trotta, 2000; GARCÍA COTARELO, Ramón. “Del Estado de bienestar al Estado del malestar (La crisis del estado social y el problema de la legitimidad)”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; GARCÍA-PELAYO, Manuel. “Las transformaciones del Estado contemporáneo”. Madrid, Alianza Editorial, 1996; ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil”. Madrid, Trotta, 7ª edic., 2007; MONTEALEGRO, José María. “El Estado Social de Derecho”. Madrid, Trotta, 2007; PÉREZ, José Luis. “Defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Herman Heller”. Barcelona, Ediciones El Viejo Topo, 2009; SOTELO, Ignacio. “El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive”. Madrid, Editorial Trotta, 2010; VANOSSI A., Jorge Reinaldo. “El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social”. Buenos Aires, Eudeba, 3ª edic., 2000.

³⁸² Según Zapata Larraín, “el originalismo tiende a homologar el sentido de la ley con la intención del legislador. Como tal, se diferencia nítidamente de la regla de interpretación de nuestro Código Civil. Mientras el Código de Bello autoriza a recurrir a la historia fidedigna para entender mejor la intención de la ley, el originalismo va mucho más lejos, e identifica mecánicamente la reconstrucción a posteriori de la voluntad del legislador con el verdadero sentido y alcance de la norma”, v. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado”, *op. cit.*, p. 189. Y argumenta en co-

Política regule de un modo permanente la vida social de un pueblo, no puede ‘congelar’ el sentido de sus disposiciones, anclándolo en el significado ‘pensado’ por sus redactores originales. El originalismo esteriliza la tarea del intérprete, transformándolo a él –y a todos quienes sufran la aplicación de la norma– en esclavos de los juicios y prejuicios personales del redactor de la ley”, v. *ibidem*, p. 192.

identificado como la Quinta República. La República neoliberal³⁸³.

“Se trata de la consolidación de una forma republicana que es neoliberal, en cuanto a la dogmática y el ejercicio de los derechos, y neopresidencialista, en cuanto a la definición de su orgánica constitucional. Esta es nuestra paradójica Quinta República que nace en 1990 y dura hasta nuestros días”³⁸⁴.

“En la quinta República”, escriben Cristi y Ruiz-Tagle, “se ha desarrollado una concepción de los derechos que en su origen es pontificia y que, en su expresión actual, es iusfundamentalista y neoliberal porque devalúa los aspectos sociales y democráticos de su ejercicio y da predominio, en su definición, a la función judicial”³⁸⁵.

Convengamos en que el originalismo jurídico constitucional chileno se reduce a la argumentación a favor o en contra de determinado sentido de una disposición constitucional, según la opinión que sobre el particular haya manifestado “alguno de los miembros de la Comisión constituyente designada por el gobierno militar (cf. Evans, 1999; Verdugo, 1997)”³⁸⁶.

Según Zapata Larraín, el originalismo jurídico goza de buena salud en Chile. Sin embargo, se le debe formular una objeción fundamental dentro de su misma lógica, pues es imposible saber el pensamiento del constituyente, que fue la Junta de Gobierno y no la Comisión Constituyente – la Comisión Ortúzar–, puesto que de sus deliberaciones no hay actas³⁸⁷.

³⁸³ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. “La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano”. Santiago, LOM Ediciones, 2007 revisada, pp. 130 Los citados autores distinguen cinco Repúblicas, cada una de las cuales corresponde a un período particular de nuestra historia constitucional. Son las siguientes: Primera República. La República independiente (1810-1833); Segunda República. La República autoritaria (1833-1871); Tercera República. La República liberal (1871-1924); Cuarta República. La República democrática (1932-1973) y, Quinta República. La República neoliberal (1990-), v. *Ibidem* pp. 139.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 132.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 135.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 139.

³⁸⁷ ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado”, *op. cit.*, p. 24. Para quienes se cuestiona la historia fidedigna respecto “de aquellas reformas a la Constitución de 1980 aprobadas a partir del 11 de marzo de 1990, época en que entró en funciones el Congreso Nacional (...) Sin embargo, dentro de esa conceptualización, no corresponde, en estricto derecho, invocar el contenido de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución como “historia fidedigna del establecimiento de un precepto de la Constitución ‘originaria’ que nos rige, pues, como es sabido, dicha Comisión se limitó a elaborar solo un anteproyecto de dicho cuerpo normativo, el cual fue, posteriormente, revisado por el entonces Consejo de Estado. El poder Constituyente originario de la Carta de 1980 lo conformó la Junta

Con todo, alguna jurisprudencia del TC así como parte de la doctrina, parecen estar más cerca de una comprensión compleja de la hermenéutica constitucional, compuesta por varios criterios, entre ellos, el sistemático y el finalista³⁸⁸, que de una concepción hermenéutica originalista.

Por lo expuesto, es bastante razonable sostener que, si el criterio de interpretación constitucional que se aplicara fuera el originalista, resultaría en extremo complejo proponer que de las normas de la CPR actualmente vigente, es posible llegar a deducir que la protección de la empresa, en tanto fuente del empleo, así como le hemos venido planteando y no como mera expresión de la libertad individual, sino que también de la igualdad, es un bien jurídico protegido, porque tal orden de cosas es más susceptible de ser desarrollado bajo la idea de Estado Social de Derecho o Estado promocional (Bobbio).

En efecto, el proyecto jurídico político institucional que la Junta de Gobierno Militar pretendía estabilizar y proyectar en el tiempo era el de una sociedad más cercana a modelos neoliberales que a los sociales de derecho, con una visión del principio de subsidiariedad que impedía al Estado entrometerse en el funcionamiento económico de la sociedad, salvo permitir que las personas tuvieran menos trabas para participar en el desenvolvimiento del modelo *iusliberalista*.

La promoción estatal del empleo y de la fuente que lo produce, mediante intervenciones directas, por considerar al empleo y su fuente, en tanto bienes suprapersonales, elementos o factores insustituibles del desarrollo y progreso social, no se predicen de un Estado Neoliberal de Derecho, enfocado en la reducción del Estado, la protección de las libertades negativas y la

de Gobierno que aprobó el texto constitucional que fue, en definitiva, plebiscitado y que entró a regir a partir del 11 de marzo de 1981. No obstante, lamentablemente, existen solo algunos antecedentes fragmentarios de lo discutido dentro del seno de dicho Poder Constituyente, los cuales, sin duda, son insuficientes como constitutivos de la historia fidedigna del establecimiento de la señalada Carta Política”, v. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional y Contribución del Tribunal Constitucional a la Institucionalización Democrática”, *op. cit.*, p. 50.

³⁸⁸ Por ejemplo, Valenzuela Somarriva, distingue en la Jurisprudencia del TCCH 10 criterios de interpretación, a saber: 1) Interpretación de la Constitución y de la Ley, 2) Interpretación Axiológica, 3) Principio de Unidad de la Constitución, 4) Principio de Razonabilidad, 7) Prudencia como elemento de interpretación y 10) La Inconstitucionalidad Derivada, v. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional y Contribución del Tribunal Constitucional a la Institucionalización Democrática”, *op. cit.*, p. 695. Por su parte, Cea Egaña propone tener en la interpretación constitucional la buena fe, orientada a la búsqueda de los valores que gobiernan las normas y finalista, v. CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo I”, p. 154.

□ Interpretación Financiera y de la Seguridad Jurídica

autorrealización puramente individual del ser humano.

Entonces bien y por lo expuesto, y sin perjuicio del obstáculo hermenéutico insalvable, en cuanto a que no existe historia fidedigna de la CPR originaria, estimamos haber justificado que cualquier intento por aplicar criterios originalistas para interpretar la CPR en perspectiva promocional o social, resultan disfuncionales a los fines de esta tesis.

Nuestra propuesta de interpretación de las normas constitucionales, por consiguiente, no será originalista, porque resultaría muy indirecto, o acaso imposible, poder construir la idea de normas constitucionales en la lógica del estado promocional de que hablaba Bobbio.

Opinamos que una interpretación sistemática, finalista, evolutiva³⁸⁹ e inspirada también en el principio de razonabilidad, nos permitirá dar cuenta de una CPR que valora la empresa y el empleo, como factores que pueden contribuir a generar mejores condiciones para el desarrollo de la igualdad y, consecuentemente, a reforzar la integridad de la sociedad chilena.

La configuración de un Estado que promueve el desarrollo social es un estado de cosas que puede ser obtenido a través de la interpretación jurídica, tanto doctrinaria como jurisprudencial. Al respecto, escriben Cristi y Ruiz-Tagle: “También necesitamos integrar en Chile la concepción de ‘Estado Social de Derecho’ tan popular en la doctrina española y alemana, para realzar la importancia del derecho a la igualdad, hasta alcanzar un rol más preponderante que el que actualmente cumple en nuestra doctrina constitucional. De lo anterior se desprende la importancia que cumple la construcción y la interpretación jurídica

³⁸⁹ Según Bassa Mercado, “el inicio del régimen democrático da comienzo a un proceso a través del cual se dotó a la Constitución de un “contenido constitucional” propiamente normativo, que transformó radicalmente el contenido material de las instituciones y principios constitucionales, lo que impide identificarlos con la realidad anterior a 1990 (...) Considerando que la Constitución es el reflejo de autogobierno del pueblo, en tanto poder constituyente, su interpretación debe realizarse conforme a los consensos políticos que sostienen la Norma Fundamental, los que pueden ser identificados a partir del proceso 1988-1989, concretamente luego de que el pueblo ratificara en referéndum la reforma constitucional en 1989”, v. BASSA MERCADO, Jaime. “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales”, *op. cit.*, p. 120. La interpretación evolutiva importa por consiguiente reconocer en las normas constitucionales el sentido que el pueblo, en cada momento de su desarrollo jurídico y político le insufla. El evolucionismo, postula Bassa Mercado, “interpreta la norma en términos extensivos, según la evolución del consenso constitucional y atendiendo al contexto cultural de aplicación de la norma (...) interpretar en forma extensiva el contenido material de la Constitución para adecuarlas a las nuevas realidades a las que rige no implica mellar la vigencia normativa de la Carta ni cuestionar su aplicación directa. Por el contrario, significa legitimar su aplicación ante la propia sociedad y actualizar su contenido normativo; no hacerlo implica rigidizar la aplicación de la norma, consolidando la brecha que permanentemente se genera entre la norma constitucional y la realidad constitucional –y que debe ser reducida en forma permanente–, escenario que sí pone en riesgo la vigencia normativa de la Constitución”, v. *ibídem*, p. 120.

en el campo de la igualdad”³⁹⁰.

La Quinta República, la República Neoliberal que postulan Cristi y Ruiz-Tagle, por consiguiente, puede dar paso, como los mismos autores lo sugieren, a un orden constitucional social o promocional, mediante el aporte que la doctrina y la jurisprudencia puedan hacer en la cultura jurídica del país.

Como lo hemos venido señalando, algunos avances es posible destacar en materia de reconocimiento jurisprudencial del Estado Social de Derecho. El Tribunal Constitucional ya reconoce y aplica la idea de Estado Social de Derecho, por lo menos, desde la sentencia Rol 976-07 INA, sobre el Artículo 38

ter de la Ley N

idea de los derechos sociales y Estado Social de Derecho como ejes normativos constitucionales básicos de la institucionalidad chilena. E incluso en el Considerando 29, dice el fallo:

“Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”³⁹¹.

En esta línea de razonamientos, y en la perspectiva de la función constitucional promocional del Estado, es posible sugerir que el ordenamiento jurídico laboral es una manifestación del mandato configurador constitucional, pues la regulación jurídica del trabajo que esta rama del derecho impone a las personas, lleva implícita una concepción de las relaciones jurídicas laborales, en función del bien común, valor este cuya promoción es deber esencial del Estado.

En suma, el argumento que proponemos en esta sección es el siguiente:

Según dispone el inciso 4° del artículo 1° de la CPR persona humana y su finalidad es promover el bien común. Constituye, por tanto, deber del Estado promover el bien común. Para cumplir con este mandato, el Estado crea las

1° de la CPR

³⁹⁰ CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. “La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano”, *op. cit.*, p. 134. De la misma opinión: CEA EGAÑA, José Luis. “Estado Social y Justicia Constitucional”, *op. cit.*, *passim*.

³⁹¹ Rol N° 976-07, 26 de junio de 2008, ejemplar digital disponible:[en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>> [consulta 10 abril de 2012].

condiciones para que las personas puedan desarrollar al máximo sus potencialidades materiales y espirituales pero, ciertamente, propendiendo hacia la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. En este orden institucional, la regulación de las relaciones jurídicas laborales debe ser entendida como estructuras normativas que tienen por objeto contribuir al cumplimiento de los fines de bien común del Estado, pues a lo que apuntan es a la integración armónica de la sociedad, por la vía de revalorizar el trabajo como empleo y proteger la fuente que lo produce, pues, evidentemente, cualquier afectación negativa a la fuente del empleo afectará consecuentemente en el empleo, provocando perturbaciones en la paz y estabilidad de la sociedad.

Pues bien, el ordenamiento jurídico laboral chileno recepciona y desarrolla una concepción de empleo en la línea evolutiva del Estado promocional o social de derecho, en cuanto asume el empleo como factor de integración armónica de la sociedad porque, como ha sido muchas veces reiterado por la OIT, más y mejores empleos contribuyen al bienestar social que, a su vez, es garantía de la paz y seguridad democrática.

Porque es deber del Estado, según dispone el inciso final del artículo □ 1° de la CPR,
“asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. Sin igualdad material de oportunidades, la igualdad no se concretiza, y se crean condiciones para la inestabilidad política de la sociedad por la contradicción que encierra renocerles a las personas derechos formales sin, respectivamente, proporcionarles las herramientas materiales y normativas para que puedan ejercer esos derechos.

La promoción del empleo y la protección de su fuente, desde el punto de vista de la igualdad material, implica no solo la generación de regulaciones jurídicas que salvaguardan tales bienes de los intereses contradictorios y egoístas de empleadores y trabajadores, sino que también la participación activa del Estado en la creación de mejores condiciones para el empleo.

Bajo el prisma hermenéutico constitucional general que hemos esbozado, a continuación presentamos una revisión de ciertas normas constitucionales que, a nuestro juicio, contribuyen a la protección de la fuente del empleo.

1.1. Reconocimiento constitucional de los supuestos de la empresa.

Artículo 1° inciso tercero y Artículo 19° N° □ 21 de la CPR

1.1.1. La empresa como cuerpo intermedio y fenómeno asociativo. Artículo 1º inciso tercero de la CPR

Dispone el precitado artículo constitucional: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantizará la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

La norma expresa las notas más relevantes del denominado “principio de subsidiariedad de la iniciativa y labor pública, correlativo al principio del no Estado, o Sociedad Civil, incluyendo a los grupos o personas”³⁹², y una de cuyas formulaciones más conocidas es la siguiente: “como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos no pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto... entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores inferiores pueden hacer”³⁹³.

En la imagen constitucional chilena, la sociedad chilena se compone de organizaciones que cumplen fines exclusivos y excluyentes, porque ni las personas individualmente consideradas pueden ni deben hacerlo, ni el Estado, a su turno, también.

El principio de subsidiariedad implica, a su vez, el principio de solidaridad, rector de las relaciones al interior de la Sociedad Civil, “porque le infunde a las actividades de las agrupaciones intermedias el deber de asumir como propias las carencias, insuficiencias o debilidades ajenas, procurando remediarlas o resolverlas sin que el Estado tenga que intervenir para hacerlo”³⁹⁴.

Pensamos que la empresa es un cuerpo intermedio, puesto que se trata de un ente complejo que se sitúa entre la persona humana y el Estado, con el fin de satisfacer necesidades o contribuir a la sociedad, a través de prestaciones que la persona humana individualmente considerada no está

³⁹² CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo actualizada, 2008, p. 77. [en: FERNANDO VIVAS, Arturo. Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia Tomo Chile, 2ª ed. RIL, 2016, pp. 108-111.](#) [en: RUIZ-TAGLE, Pablo. “Origen público económico, subsidiariedad y la alternativa democrática”, en: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. “La república en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano”. Santiago, LOM Ediciones, 1ª edic. revisada, 2007, pp. 340-343.](#) [en: VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Derecho Constitucional Tomo 2. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 178-180.”](#)

³⁹³ Se trata de la Encíclica papal *Quadragesimo Anno*, de 1941, de Pío XI, [en: FERNANDO VIVAS, Arturo. “Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia Tomo 2”, *op. cit.*, p. 89.](#)

³⁹⁴ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo 2”, *op. cit.*, p. 178.

en condiciones de proveer, sino que para su producción se requiere la asociatividad generando un cuerpo intermedio³⁹⁵. La propia definición legal de empresa, por lo demás, explícitamente así lo indica.

La empresa, como todo cuerpo intermedio, es parte de la estructura de la sociedad chilena³⁹⁶. Al respecto, la CS ha dicho:

“La autonomía garantizada por la Constitución tiende al amparo de los grupos intermedios que organizan y estructuran la sociedad, algunos de los cuales son los entes mercantiles que contribuyen a esa organización en lo económico”³⁹⁷.

Sin embargo, conviene no dejar fuera del análisis el que la empresa, como organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, y dotado de una individualidad legal determinada, también implica la puesta en marcha del fenómeno asociativo.

La empresa se explica mejor entonces como el resultado del ejercicio de varios derechos fundamentales, y en la medida que la empresa no sea fruto de la iniciativa de solo un individuo, encuentra en el derecho de asociación del artículo 19 N° 15 de la Constitución sus fundamentos.

Otros derechos que convergen en la empresa son la libre contratación y el derecho de propiedad, cuyo análisis omitiremos por exceder los límites de esta tesis.

³⁹⁵ Sobre la naturaleza de ente asociativo de los cuerpos intermedios, su importancia y su relación con el principio de subsidiariedad, existe un importante repertorio de fallos del TC. Una selección de ellos, en: CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo *VI*”, *ppit.*, *1809* FERNANDOIS V., Arturo. “Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia Tomo *VI*”, *ppit.*, *95* 108.

³⁹⁶ Según un estudio, y conforme a información levantada de las bases de datos del Servicio de Impuestos Internos, al año 2008 había 751.825 empresas formales y activas con ventas mayores a cero. En ese universo, y con 720.830 unidades, las pymes representan el 96%. Si a esto se suman las empresas informales estimadas con base en información de la CASEN (2006) en 805.564, se podría señalar que las pymes superan el 1,5 millón de empresas, v. OIT/SERCOTEC. “La situación de la micro y pequeña empresa en Chile”. Santiago, Oficina Internacional de Trabajo, 2010, p. 15. Otros estudios sobre la materia, enfocados en la dinámica empresarial, con tasas de destrucción y creación de empresas: BENAVENTE H., José Miguel (autor principal). “La dinámica empresarial en Chile (1999-2006)”. Santiago, Gobierno de Chile, Ministerio de Economía/FUNDES-INTELIS, 2008; BENAVENTE H., José Miguel y KÜLZER S., Cintia. “Creación y destrucción de empresas en Chile”, en: Estudios de Economía 35 (2): 215-239, diciembre de 2008.

³⁹⁷ RDI, tomo *IX*, *1995*, *en* en, RIBBARTHUMANN, Teodoro. “La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo” [en línea] <http://www.lvd.com/wp-content/files_mf/sentencias/200610.pdf> [consulta 6 octubre 2011], *op. cit.*, p. *284*.

Con todo, hemos considerado un paso necesario en nuestra argumentación haber llamado la atención sobre la naturaleza jurídica constitucional de cuerpo intermedio de la empresa, para justificar la importancia que esta tiene asignada en el desarrollo constitucional de la sociedad chilena que ha motivado, además, su regulación legal en los más diversos ámbitos.

La generación de la empresa, pues, se encuentra reconocida y amparada por la CPR.

En esta parte de la argumentación, nuestra tesis dice que se le reconoce y ampara a la empresa, porque se le considera un cuerpo intermedio que contribuye a crear las condiciones que permiten a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible. Porque la empresa, al generar empleo, contribuye a la integración armónica de todos los sectores de la Nación y agrega sustrato material al derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1º, inciso tercero, CPR).

1.1.2. Libertad de empresa. Artículo 19º N° 21 de la CPR

La empresa puede ser vista también como el resultado del ejercicio del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica, previsto en el 19º N° 21, esto es, admite ser tratada como un caso principal del movimiento de la libertad empresarial³⁹⁸; libertad empresarial que, para un autor nacional, constituye una garantía positiva del orden público económico chileno. Esta garantía positiva se complementaría con lo que denomina garantía negativa, que sería el derecho al estado empresario subsidiario³⁹⁹.

Convengamos en que el ejercicio de la libertad empresarial está sujeta a limitaciones las cuales, por lo demás, el propio artículo 19º N° 21 se encarga de enumerar genéricamente (moral, orden público, seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen).

Pues bien, pensamos que es incontrovertido que un caso particular de aplicación de estas limitaciones, son las que el Código del Trabajo impone, pues cualquier proyecto

³⁹⁸ RIBERA NEUMANN, Teodoro. “La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo” (en línea) http://www.lvd.com/wp-content/files_mf/sentencias/200610.pdf (consulta 6 octubre 2011).

³⁹⁹ Al respecto, v.: FERNANDOIS V. “Derecho Constitucional Económico. Tomo Doctrina y Jurisprudencia”. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, pp. 2177 Otra aproximación al tema: IRURETA URIARTE, Pedro. “Libertad de empresa: un caso de derecho comparado”, en Persona y Sociedad XIV(3):99-118.

empresarial que implique la contratación de trabajadores deberá someterse a las disposiciones del mencionado cuerpo legal, entre ellas, las que configuran la empresa. El que desee generar un proyecto empresarial que implique la generación de empleo y contratación de trabajadores, para los fines de la legislación laboral y de seguridad social, deberá aceptar y asumir la concepción de empresa regula el inciso 4° del artículo □3° del CT.

El ente empresa que es reconocido por el ordenamiento jurídico laboral, se encuentra no solo expresamente definido en el Código del Trabajo, lo cual en sí mismo ya importa una limitación, sino que además se regulan sus manifestaciones en el ámbito de las relaciones individuales y colectivas del trabajo.

Las limitaciones que el Código del Trabajo impone a la libertad empresarial, en cuanto a que si esta genera fáctica y jurídicamente el ente empresa, para fines laborales y previsionales, deberá asumir que será compelida por las disposiciones del citado cuerpo legal (cuyo fundamento es el principio de igualdad), son una demostración de la función social que se le asigna a aquella.

Se protege la empresa porque genera empleo que, como hemos fundamentado, es una especie de trabajo que contribuye decisivamente al fortalecimiento de la paz y la justicia social. Por consiguiente, se limita la libertad empresarial para que esta realmente cumpla la función regulativa de integración armónica de todos los sectores de la Nación, agregando sustrato material al derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

1.1.3. Organizaciones empresariales

Artículo 9°, cuando se refiere a las inhabilidades que afectarán a los responsables de delitos terroristas, menciona la de no poder ser dirigente de organizaciones de carácter empresarial.

Esta norma es muy interesante por dos razones.

La primera porque reconoce la existencia de las empresas, ya que sin ellas no sería posible distinguir organizaciones de carácter empresarial.

La segunda, porque distingue a las empresas como miembro de la clase organizaciones. La empresa, por tanto, es una clase de organización que, para fines laborales y previsionales,

se compone de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, y dotada de una individualidad legal determinada.

La citada disposición constitucional, por consiguiente, contribuye a reforzar la imagen de una sociedad compuesta por organizaciones. Un tipo de organización es la empresa, la cual goza un reconocimiento especial, pues la CPR la distingue. Al distinguir la CPR a la empresa como un tipo de organización, refuerza, por tanto, su configuración legal que también la concibe como una organización.

1.1.4. Institución como empresa. Artículo

□19 N°□18, inciso tercero

“Artículo
seguridad social.

□19: La Constitución a

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias”.

Las prestaciones básicas, tales como pensiones, subsidios o atenciones médicas, son otorgadas por organizaciones tipo empresa, ya que su producción implica una organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de esa clase fines⁴⁰⁰. Esta norma, por consiguiente, implícitamente refuerza el reconocimiento de la empresa.

1.1.5. Libertad de trabajo y su protección: negociación colectiva de empresa.

Artículo

□19° N°□16, incisos quinto y sexto:

“Artículo □NP9° □16°, inciso quinto:

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo en los casos en que la ley expresamente no permita negociar”.

“Artículo □19° N°□16°, inciso sexto:

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad

⁴⁰⁰ En similar sentido: RIBERA NEUMANN, Teodoro. “La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”, p. http://www.fundacion/wp-content/files_mf/sentencias/200610.pdf (consulta 6 octubre 2011).

pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional”.

Las normas transcritas, más expresivas que otras quizás por su singularidad, reconocen explícitamente a: la empresa, el derecho a la negociación colectiva y a la huelga en una empresa.

Y retomando una idea esbozada con anterioridad, insistimos: si el concepto de empresa, como ha dicho la CS, “es más amplio que el de sociedad”⁴⁰¹, no debiendo entenderse el requisito de la “individualidad legal determinada”, como “el atributo de la personalidad”, bastando para ello “un ser jurídico”⁴⁰²; entonces no se advierten argumentos definitivos para oponerse a hacer extensiva esta conceptualización al ámbito de los derechos colectivos del trabajo, pues donde existe una misma razón debe existir la misma disposición. Luego no parece razonable negarle a los trabajadores de una misma empresa que se desempeñan en las diferentes unidades jurídicas de esta (léase, sociedades, RUT, etc.) el derecho para que constituyan un sindicato de empresa o negocien colectivamente con la cabeza del holding⁴⁰³.

En efecto, la empresa para fines laborales y previsionales, se encuentra definida legalmente para que esta contribuya a la integración armónica de todos los sectores de la Nación. Luego, se justifica plenamente hacer extensiva la conceptualización de empresa al ámbito de los derechos colectivos del trabajo, pues, así se contribuye a que las empresas desarrollen la generación de empleos decentes, uno de los principales instrumentos de la justicia social, gran motor de la integración armónica de todos los sectores de la sociedad.

La norma constitucional analizada refuerza no solo el concepto de empresa, sino que sienta las bases esenciales del sistema de relaciones laborales, compuesto por trabajadores, empresas, sindicatos y procesos de negociación colectiva.

⁴⁰¹ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo Tomo *II*”, *ppit.*, 1989

⁴⁰² Corte Suprema, CFO, 13 de agosto de 2003, Rol N° 02.005

⁴⁰³ Cfr. RIBERA NEUMANN, Teodoro. “La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo”, p. http://www.lvdirem/wp-content/files_mf/sentencias/200610.pdf (consulta 6 octubre 2011). Este autor sostiene que la negociación colectiva no puede llevarse a efecto entre trabajadores y una unidad económica, porque la frase “con la empresa”, que utiliza el inciso sexto del artículo *19* N° 16, *negociación colectiva* entre sujetos jurídicos cuya personalidad es distinta de los dueños o administradores, lo que no sería posible con una unidad económica “carente o incapaz de asumir obligaciones y de ejercer derechos” (a saber, la unidad económica). Discrepamos de tal tesis, por todos los argumentos ya aportados a lo largo de este capítulo, reiterando que en la interpretación del caso, la definición legal de empresa, con todos sus elementos, no puede ser preterida en relación a otras consideraciones. Y la definición legal de empresa, es compleja, centrado el eje definitorio en la idea de organización de medios, más allá de las formalidades que aquella asuma.

El sistema protege a la empresa porque fomenta su integración por la vía de concebirla indisociable de los trabajadores y los sindicatos que la componen, los cuales pueden mejorar la participación de los trabajadores en ella mediante la negociación colectiva. La integración de la empresa se traduce en protección hacia ella. En efecto, una empresa integrada es una empresa protegida porque contribuye a que las partes de esta constituyan un todo⁴⁰⁴. La mantención del todo o la totalidad contribuye, a su turno, a la mantención de la existencia de la empresa laboral, ya que inhibe la dispersión de sus partes (capital, trabajadores, organización).

La imagen constitucional nos proyecta una empresa laboral que mejora su *performance*, en la medida que sus componentes básicos operan correctamente integrados. Tal operar producirá empleo que, junto con otras regulaciones, serán un aporte al bienestar y cohesión social.

2. LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE

Esta sección la dividiremos en normas que garantizan derechos esenciales que emanan de la persona humana contenidos en Tratados y normas de simples tratados. Estos últimos son aquellos cuyo foco directo no consiste en la protección directa e inmediata de derechos esenciales que emanan de la persona humana.

Nuestra revisión no es exhaustiva porque aquel ejercicio nos obligaría a exceder los límites formales y materiales de esta tesis. Por consiguiente, como en muchos otros temas vistos, aquí solo presentaremos algunos ejemplos de casos que nos sugieren una perspectiva.

2.1. Normas de tratados que garantizan derechos esenciales que emanan de la persona humana

Estimamos necesario, previo a proponer los tratados sobre derechos que emanan de la naturaleza humana que protegen el empleo y su fuente, hacer algunas prevenciones:

1°. En esta tesis no tomaremos posición sobre la cuestión de si el inciso 2° del artículo 19 Nº 11 del CPR consagró (o no) el que los tratados internacionales sobre DDHH

⁴⁰⁴ Integrar. (del latín *integrare*). tr. Constituir las partes un todo 2. Completar un todo con las partes que faltaban. V. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, *op. cit.* p. 177.

tuvieran una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental.

Sabemos que el TC en sentencia Rol N° “que no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía”⁴⁰⁵.

□346, RQM, de

La doctrina jurisprudencial citada, recaída en el requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional (17 de julio de 1998, Roma), esencialmente implicaría que los tratados o sus normas no tienen jerarquía constitucional. En efecto, para el TC los únicos mecanismos de reforma de la CPR son los que contempla la propia CPR y, por consiguiente, admitir que la sola ratificación de un Tratado sobre DDHH –que no es un mecanismo contemplado para reformar la CPR–, incorpora automáticamente los derechos contenidos en él a la Carta Fundamental, supondría otorgarle a tal procedimiento (ratificación) no contemplado por la CPR, tal carácter.

De la premisa jurídica que la ratificación de los tratados sobre DDHH o sus normas no reforma las normas CPR “en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía”, se sigue que las normas de los tratados no pueden llegar a tener rango constitucional, porque la CPR solo puede ser reformada a través de los procedimientos de reforma constitucional (arts. 127 a 129 de la CPR) que se traducen en una norma constitucional que reforma otras normas de igual rango. Por otra parte, el TC considera que los tratados internacionales tienen señalado en la CPR un procedimiento de tramitación y control de su constitucionalidad (arts. 32 N° XIV de la CPR) y, consiguiente, la tesis de la supremacía constitucional de los tratados sobre DDHH, importaría restarle eficacia a las citadas normas, asumiendo que los tratados no son normas subordinadas a la CPR.

2°. Cea Egaña al respecto ha dicho: “Existe complementación, y no oposición, por ende, entre el Estatuto de la Persona en el Derecho interno y en el derecho supranacional. Consecuentemente también, se ha vigorizado aquel Estatuto por la conjugación o armonía de ambos sistemas jurídicos. Trátase de una evidencia más acerca de la nueva concepción de la

⁴⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, RQM, Rol N° impreso, disponible [en línea] http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29305 [consulta: 24 febrero 2012].

□346, 8 de abril de

soberanía, limitada y limitable por el respeto que debe al ejercicio de aquellos derechos”⁴⁰⁶.

Profundizando el tema, agrega: “Cuidadosamente debemos referirnos a los tratados internacionales. Efectivamente si ellos se hallan ratificados y vigentes en nuestro país y versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como son los asegurados en el artículo 19 del Código Político, entonces los derechos tiene, en nuestra opinión, el valor y jerarquía sustantiva de principios y normas constitucionales. Es decir pensamos que son Constitución en sentido material pudiendo incluso entenderse que lo son también en su acepción formal, pues el artículo 5° inciso 2° de la Ley Suprema los habría hecho parte de ella”⁴⁰⁷.

Redondeando su posición, concluye: “El artículo 1° y, en general, el capítulo I de nuestra Carta Política, constituyen el marco valórico y doctrinal del ordenamiento constitucional, es decir, la base y orientación para su correcta interpretación e implementación”⁴⁰⁸.

Desde otra perspectiva, puntualiza Cea Egaña que: “Despréndese de lo aseverado que, cuando un derecho esencial o fundamental está asegurado por la Constitución y también por un tratado, entonces resulta indiferente discutir cuál de ambos textos se invoca, pues repiten el mismo concepto, con idéntica intención, aunque la redacción de los textos pueda diferir en aspectos adjetivos... En esta situación de falta de coincidencia entre un tratado, por un lado, y la Constitución, de otro. ¿Cuál normativa prevalece en tal caso? Si el tratado internacional versa sobre derechos esenciales de la persona, la respuesta es, en nuestra opinión, que prima siempre el tratado, porque se encuentra comprendido en el artículo 5° inciso 2° de la Ley Suprema, el cual resulta ser, como parte del capítulo I, jerárquicamente superior al resto de la Constitución. Es decir, las normas de ese tratado son Constitución en sentido material e, incluso, también en sentido formal. Existe complementación de uno y otro texto, armonía entre ambos que conduce al fortalecimiento y mayor vigencia de los derechos de la persona y de sus garantías... Otro problema se plantea a la pugna entre principios y normas del capítulo I ¿hay prioridad del artículo 1° y del artículo 19?”.

⁴⁰⁶ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo 1”, p. 97.

⁴⁰⁷ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo 1”, p. 149.

⁴⁰⁸ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo 1”, p. 164.

responderse en términos afirmativos, fundándose esta aseveración en la historia fidedigna y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, razones a las cuales cabe añadir el concepto y finalidad del constitucionalismo, por esencia humanista”⁴⁰⁹.

Recientemente, Nash Rojas ha argumentado a favor de la tesis que postula que “la enmienda al inciso 2 del artículo 19 de la Constitución de 1980, que establece que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes, y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo de jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos”⁴¹⁰. En contra de la tesis de TC, Nash Rojas esgrime que “no tiene una base sólida de sustento positivo, sino que se funda solo sobre la idea de que la Constitución debe necesariamente enmendarse por medio de un solo procedimiento”⁴¹¹.

3°. Es sabido que en esta materia hay discrepancia entre el TC y la CS. Mientras el TC no acepta la tesis de la supraconstitucionalidad de los tratados sobre DDHH, la CS, sin embargo, la ha aceptado en alguno de sus fallos. Así es como en causa Rol N° 2004, de 13 de diciembre de 2006, la CS resolvió, aplicando el inciso 2° del artículo 5° de la CPR y dispuesto en varios tratados, que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles e inamnistiabiles. En dicho fallo la CS aplicó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así fue como, entre otras consideraciones, en el fallo se sostuvo:

“22°. Que, como lo ha señalado esta misma Corte Suprema en reiteradas sentencias, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 19 de la Constitución Fundamental, queda claramente establecido que el Poder Judicial interno del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos? (SCS, 30.01.1.996)”⁴¹².

4°. Pudiendo estar de acuerdo con Cea Egaña y Nash Rojas, sin embargo, en esta tesis

⁴⁰⁹ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno. Tomo I”, p. 218.

⁴¹⁰ NASH ROJAS, Claudio. “La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica”. México, Fontamara, 2010, pp. 184

⁴¹¹ *Ibíd.*, p. 189.

⁴¹² CORTE SUPREMA, CFO, 13 de diciembre de 2006, ejemplar digital, disponible en: [en línea] <http://www.poderjudicial.cl/modulos/TribunalesPais/TRI_esta402.php?rowdetalle=AAANoPAALAAA%2BSUAAC&consulta=100&glosa=&causa=559/2004&numcua=32196&secre=UNICA> [consulta: 8 de abril 2012].

eludiremos el debate precedentemente expuesto, y no rebatiremos la tesis del TC que afirma que los tratados sobre DDHH o sus normas, ratificados por Chile, carecen de supremacía constitucional. Pensamos que no es necesario justificar la supremacía constitucional de ciertos tratados para justificar que contribuyen a la protección del empleo y su fuente, en clave de igualdad.

En efecto, los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, gozan de presunción de constitucionalidad. El TC aplica este método hermenéutico que “la doctrina denomina, también, “presunción de legitimidad” o “interpretación de conformidad a la Constitución” (...) De sus fallos se infiere que, a su juicio, los preceptos que le corresponde controlar deben considerarse, en principio, constitucionales, válidos o legítimos y que solo deben declararse inconstitucionales, una vez que un análisis depurado de ellos lleve a los sentenciadores a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, que no es posible armonizarlos con la preceptiva de la Carta Fundamental”⁴¹³.

Por consiguiente nuestro criterio hermenéutico es el siguiente: los tratados que se refieren a normas sobre derechos humanos sociales, en tanto derechos esenciales que emanan de la persona humana, gozan de presunción de constitucionalidad. Vale decir, sus normas guardan armonía con las de la CPR, lo cual significa que la concepción valórica y jurídica política del bien que protegen no es contradictorio con la CPR, más bien desarrollan o complementan en el plano infraconstitucional la concepción constitucional. Así, lo que se predica valórica y finalísticamente de la norma del tratado debería poder predicarse en alguna medida también de la CPR (por no ser, *prima facie*, dicha norma contradictoria con la CPR) y lo que se predica de la CPR, obviamente, debe poder predicarse de la norma del tratado, pues de no ser así, sería contradictoria con las de la CPR.

La perspectiva de la protección al empleo y su fuente a través de tratados sobre DDHH que enfatizan el valor de la igualdad material, no precisa *–prima facie–* de la tesis de la supremacía constitucional, puesto que gozan de presunción de constitucionalidad, lo cual implica que la concepción de la igualdad que el tratado conlleva, no es contradictoria con las normas de la CPR, sino que complementaria.

⁴¹³ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional y Contribución del Tribunal Constitucional a la Institucionalización Democrática”, *op. cit.*, p. 35.

Y como ha sido puesto de manifiesto por Cea Egaña: “No es vano terminar insistiendo en desestimar la tendencia, ahora más vigorosa, a reformar o reemplazar los textos normativos para lograr las transformaciones propugnadas. En lugar de ese afán formalista, abogamos por alentar el rol de una jurisprudencia imaginativa, decididamente a favor de realizar los derechos de la segunda generación. Merced a la interpretación axiológica y finalista de la Constitución y las leyes, esa jurisprudencia permite la evolución hacia la democracia social sin sobresaltos, a la vez que cataliza la aplicación del legislador a la introducción de reformas legales”⁴¹⁴.

* * *

Pues bien, con las prevenciones del caso, revisaremos suscitantemente ciertos tratados que, por cierto, no agotan el repertorio regulativo, pero que sí, en cambio, nos ofrecen una perspectiva general, que es lo que importa en un análisis como el nuestro.

Nos interesa destacar muy brevemente los siguientes instrumentos internacionales: Constitución de la OIT y Declaración de Filadelfia de la OIT; Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, publicado en el D.O. de 5 de enero de 1991, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969 y publicado en el D.O. de 27 de mayo de 1989.

Como ya tuvimos la oportunidad de analizarlo en el capítulo II de esta tesis, la Constitución de la OIT (que incorpora la declaración de Filadelfia), promueve el empleo y la protección, consecuentemente, de las fuentes del empleo, porque se valora el empleo como un pilar del desarrollo y progreso socioeconómico de las naciones, en la perspectiva de la justicia social, que es condición de la paz no solo local, sino mundial. La opción normativa de la OIT y sus Estados miembros, claramente está en función de mejorar los niveles de igualdad material.

A las mismas conclusiones es posible arribar en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. Tanto la historia y la preceptiva de

⁴¹⁴ CEA EGAÑA, José Luis. “Estado Social y Justicia Constitucional”, *op. cit.*, p. 137.

esos instrumentos, así como su jurisprudencia, apuntan en la perspectiva de mejorar los niveles de igualdad material de las personas a través de la acción normativa de los estados suscriptores.

Qué más significativo que el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU:

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”⁴¹⁵.

En las sociedades occidentales el empleo, es, precisamente, uno de las condiciones básicas que permiten el goce de los derechos económicos y sociales, porque permite acceder a un mejor nivel de vida materializando la igualdad formal.

A su turno, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, reitera en gran parte la concepción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en términos tales que, en su preámbulo, utiliza el mismo texto citado previamente, agregando la importancia de la justicia social.

2.2. Otros Tratados

Nos remitimos en esta sección a las consideraciones que, sobre el Convenio N° 122 de la O.I.T, realizamos en el capítulo II.

Reiteramos que el Estado debe promover el bienestar social y económico de las personas (CPR); bienestar que, a la luz del Convenio N° 122 de la OIT textos fundacionales, se crea estimulando el crecimiento y el desarrollo económicos; elevando el nivel de vida de la gente; satisfaciendo las necesidades de mano de obra y resolviendo el problema del desempleo y del subempleo, debiendo para tales efectos formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Como hemos visto el fomento del empleo implica proteger la fuente que lo produce.

Otro instrumento internacional que también nos sugiere la orientación general y

⁴¹⁵ DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. “Tratados internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos, con el patrocinio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile”. Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, tomo I, 1999, p. 90.

particular del ordenamiento jurídico chileno hacia la protección al empleo y su fuente, en clave normativa de igualdad material, es el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea⁴¹⁶.

En el referido instrumento expresamente se fijan normas sobre protección del empleo y de su fuente, cuestión que ratifica nuestra tesis en cuanto a la orientación general de la legislación chilena hacia esos fines. A continuación mostramos dos artículos del Acuerdo, que constituyen buenos ejemplos de lo sostenido ahora:

“ARTÍCULO 19°.

1. Las Partes promoverán un ambiente favorable para el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas (PYME).
2. La cooperación consistirá, entre otras acciones, en:
 - a) asistencia técnica;
 - b) conferencias, seminarios, prospección de oportunidades industriales y técnicas, participación en mesas redondas y ferias generales y sectoriales.
 - c) fomento de los contactos entre operadores económicos, de la inversión conjunta y de la creación de empresas conjuntas (*joint ventures*) y redes de información a través de los programas horizontales existentes;
 - d) facilitación del acceso a la financiación, suministro de información y estímulo de la innovación.

ARTÍCULO 44

Cooperación en materia social

Las Partes reconocen la importancia del desarrollo social, que debe acompañar al desarrollo económico. Darán prioridad a la creación de empleo y al respeto a los derechos sociales fundamentales, especialmente promoviendo los convenios correspondientes de la Organización Internacional del Trabajo sobre temas tales como la libertad de Asociación, el derecho a la negociación colectiva y a la no discriminación, la abolición del trabajo forzado y del trabajo infantil, y la igualdad de trato entre hombres y mujeres”⁴¹⁷.

3. PROTECCIÓN DE LA EMPRESA EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO

⁴¹⁶ ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA ASOCIACIÓN ENTRE LA REPÚBLICA DE CHILE, POR UNA PARTE, Y LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, POR LA OTRA, SUS ANEXOS, DECLARACIONES CONJUNTAS Y LA CORRECCIÓN INTRODUCIDA AL ARTÍCULO 40 DEL ANEXO III, EN SU VERSIÓN EN ESPAÑOL. Promulgado el 28 de enero de 2003 por D. 28, Ministerio de Relaciones Exteriores, y publicado en el D.O. el 1 de febrero de 2003.

⁴¹⁷ Ejemplar digital, disponible: [en línea] <<http://www.direcon.gob.cl/acuerdo/1454>> [consulta: 25 febrero 2012].

Algunas de las disposiciones en las cuales se protege a la empresa, son las siguientes: Artículos 9° inciso sexto; 12°; 22°; 24°; 29°; 32°; 38°; 39°; 40° bis a 40 bis D; 46° a 52°; 63° bis; 76°; 308°; 317° incisos segundo, tercero y cuarto; 322° inciso segundo; 329° inciso primero; 334° a 343°; 347° inciso primero; 348° inciso segundo; 363°; 369°; 375°; 380°, 381°, 506°, 506° bis y 506° ter.

En este análisis hemos excluido el artículo □3°, que define
que estatuye el principio de continuidad de la empresa, por tratarse de normas jurídicas respecto de las cuales ya hemos esbozado nuestras apreciaciones y que, en todo caso, también afirman que protegen a la empresa.

Las disposiciones legales consideradas en esta sección pueden que no sean las únicas que protejan a la empresa. No hemos pretendido hacer una revisión exhaustiva, sino solo ejemplar.

3.1. Centralización de la información laboral. Artículo

□9 inciso sexto y ar

Preceptúa el Código del Trabajo en el inciso quinto del artículo □9, que el empl
estará obligado a mantener en el lugar de trabajo, o en un lugar fijado con anterioridad y que deberá haber sido autorizado previamente por la Inspección del Trabajo, un ejemplar del contrato, y, en su caso, uno del finiquito en que conste el término de la relación laboral, firmado por las partes.

Aun cuando el contrato de trabajo es consensual, el legislador laboral le impone al empleador la obligación de escriturar el contrato individual de trabajo y de mantener la documentación actualizada en el lugar de trabajo. Esta norma está orientada, por cierto, a proteger al trabajador por la vía de regular estrictamente la formalización de las relaciones jurídicas laborales.

Sin embargo, el legislador laboral también prevé las consecuencias negativas que una aplicación estándar de la norma pueda tener en la empresa y, en el inciso sexto, estatuye que:

“Cuando exista la necesidad de centralizar la documentación laboral y previsional, en razón de tener organizado su giro económico en diversos establecimientos, sucursales o lugares de trabajo o por razones de administración, control, operatividad o seguridad o que sus trabajadores presten servicios en instalaciones de terceros, o lugares de difícil ubicación específica, o carentes de condiciones materiales en las cuales mantener adecuadamente la referida documentación, como labores agrícolas, mineras o forestales y de vigilancia entre otras, las empresas podrán solicitar a la Dirección del Trabajo autorización para centralizar los documentos antes señalados y ofrecer mantener copias

digitalizadas de dichos documentos laborales y previsionales. Para estos efectos, el Director del Trabajo, mediante resolución fundada, fijará las condiciones y modalidades para dicha centralización. La Dirección del Trabajo deberá resolver la solicitud de que trata este inciso en un plazo de treinta días, no siendo exigible la obligación establecida en el inciso quinto, en tanto no se notifique dicha respuesta al peticionario”.

El tenor de la norma es simple, directo y claro. No ofrece mayores dudas. La razones que permitirán descentralizar la documentación laboral, son las derivadas de las necesidades organizacionales de empresa. Al reconocerse las complejidades organizacionales de las empresas, se contribuye a su buen funcionamiento y promoción, pues se potencia su desarrollo, sin descuidarse por eso a la persona del trabajador. La citada norma es un ejemplo de conjugación armónica de la protección al trabajador y a la empresa, enseñándonos que ambas protecciones pueden coexistir.

A mayor abundamiento, cabe tener presente que el inciso sexto del artículo 9° fue introducido por la Ley N° 20.396, publicada en el I

En la historia fidedigna de esta ley, consta que surge como una iniciativa parlamentaria para proteger a la empresa, sobre todo a la pequeña empresa, porque “son numerosos los casos en que los empleadores en su mayoría, pequeños empresarios, han sido sancionados por no tener el contrato de trabajo en el lugar donde se desarrollan las faenas”⁴¹⁸, en circunstancias que por la naturaleza de la actividad económica muchas veces resulta imposible mantener la documentación original en todos los lugares donde concretamente se esté prestando el servicio.

Resultaba entonces que la exigencia que hacía la Ley de la mantención de la documentación en todos estos lugares, a veces resultaba burocrática, ralentizadora del proceso productivo y por cierto, muy costosa, por las elevadas multas que se cursaban por estas infracciones, debilitando financieramente a las ya debilitadas microempresas (fuente del empleo). El sentido de la reforma que introdujo el inciso sexto en el artículo 9° del Código de Trabajo, por consiguiente, tuvo una clara orientación de protección a la empresa porque, al reconocerse en la citada disposición la complejidad organizacional de esta, se liberaron ciertas trabas que obstaculizaban su promoción y desarrollo.

3.2. *Ius Variandi*. Artículo 12 del Código del Trabajo

⁴¹⁸ [En línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=2009>> [consulta 14 octubre 2011].

Estatuye esta disposición el *ius variandi*, institución laboral de una aquilatada tradición y contundente repertorio jurisprudencial⁴¹⁹, que puede ser definido como el derecho del empleador a modificar unilateralmente los términos originales de la prestación de servicios del trabajador, cumpliéndose los requisitos legales del caso.

Dispone el artículo

□ 12 del Código del Trabajo:

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

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

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

El *ius variandi* es una de las causas legales genéricas que, según el artículo □ 1545 de Código Civil, permiten relativizar la ley del contrato. Pero el contrato individual de trabajo, desde la perspectiva del trabajador, no solo se encuentra protegido por el artículo □ 1545 del Código Civil, sino que también por las normas protectoras del Código del Trabajo. Presenta el contrato individual de trabajo, por tanto, una doble protección. Sin embargo, pueden ser modificadas unilateralmente por el empleador, las esenciales cláusulas de función laboral y lugar de la prestación de los servicios. Una razón muy poderosa ha de tener el legislador para autorizar tales cambios.

La razón, al tenor de la disposición citada, es la protección de la empresa que, inserta en una economía dinámica, requiere que el contrato individual de trabajo se adapte rápidamente a las contingencias y vicisitudes del mercado, como por ejemplo, un cambio del lugar de prestación, porque la empresa se instalará materialmente en un local que ofrece mejores

⁴¹⁹ THAYER ARTEAGA, William. “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”, pp. 882 THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo Tomo III”, pp. 185

condiciones de renta y de operación. La referida adaptación permite que la empresa se mantenga competitiva, promoviendo su desarrollo y asegurando el empleo pero, no a cualquier costo, sino que siempre protegiendo al trabajador.

Como en el caso del artículo □9° inciso sexto
del *ius variandi* en el derecho chileno del trabajo presenta una coordinación armónica entre protección al trabajador y a la empresa.

3.3. Excepciones a la jornada ordinaria de trabajo. Artículos □22, 24, 29, 32, 38 Código del Trabajo

Uno de los aspectos más críticos de la relación jurídica laboral se regulan en las disposiciones precitadas, a saber: la duración de la jornada de trabajo.

En la duración de la jornada de trabajo, como en otros ámbitos, están en juego derechos fundamentales del trabajador (vida, salud, dignidad, descanso). Sin embargo el legislador, al igual que en los otros ejemplos, ha tenido una razón muy poderosa para regular el ejercicio de tales derechos de modo que puedan armonizarse con la empresa, pues de no acontecer tal coordinación, la posibilidad de que la fuente del empleo nazca o se mantenga, resulta seriamente cuestionada.

En efecto, sabiendo que una regulación muy rígida de tal aspecto puede obstaculizar y desprometer la empresa (fuente del empleo), el legislador laboral ha considerado la naturaleza de los distintos tipos materiales de prestación de servicios, que, para poder desarrollarse, deben necesariamente prescindir del límite de jornada ordinaria de trabajo.

Dice el artículo □22 del Código del Trabajo:

“La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.

Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras.

Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para

que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones.

La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo”.

Como en las otras disposiciones, en esta también se advierte una coordinación entre la protección al trabajador y a la fuente del empleo, la empresa.

Por otra parte, igual orientación legislativa es posible advertir en los artículos 24 y 29, en los cuales, la ley autoriza al empleador a extender la jornada de trabajo. En un caso, respecto de los dependientes de comercio en los días previos a Navidad, y, en el otro, en la medida indispensable para evitar perjuicios en la empresa.

“**Art. 24.** El empleador podrá extender la jornada ordinaria de los dependientes del comercio hasta en dos horas diarias durante nueve días anteriores a Navidad, distribuidos dentro de los últimos quince días previos a esta festividad. En este caso las horas que excedan el máximo señalado en el inciso primero del artículo 22, o la jornada conver- si fuere menor se pagarán como extraordinarias.

Art. 29. Podrá excederse la jornada ordinaria, pero en la medida indispensable para evitar perjuicios en la marcha normal del establecimiento o faena, cuando sobrevengan fuerza mayor o caso fortuito, o cuando deban impedirse accidentes o efectuarse arreglos o reparaciones imposterables en las maquinarias o instalaciones.

Las horas trabajadas en exceso se pagarán como extraordinarias”.

Si el legislador laboral solo protegiera al trabajador, olvidándose de la fuente del empleo que, en definitiva, es la que hace posible que existan contratos de trabajo y trabajadores, pues entonces no tendría para qué regular situaciones como las previstas en los artículos 22, 24 y 29 de excepciones a uno de los aspectos más relevantes y críticos de la relación jurídica laboral.

Pero sin embargo, como hemos mostrado, el legislador hace excepciones. Estas excepciones se explican del siguiente modo: las actividades económicas y prestacionales en las cuales dichas excepciones pueden tener lugar, no podrían realizarse o existir *iuslaboralmente*, bajo el régimen general de jornada ordinaria. Pero dado que al legislador le interesa promover la fuente del empleo, permite entonces que estas actividades se desarrollen y expandan, por la vía de reconocerles un estatuto jurídico laboral especial.

Esta comprensión económica-social que la ley laboral tiene del fenómeno de la fuente del empleo, queda aún más evidente en el artículo 38 del Código

que ciertas actividades queden exceptuadas del descanso en días domingos y festivos y que, en casos especiales, la autoridad administrativa, mediante resolución fundada, establezca sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos, cuando lo dispuesto en el citado artículo no pudiere aplicarse, atendidas las especiales características de la prestación de servicios y se hubiere constatado, mediante fiscalización, que las condiciones de higiene y seguridad son compatibles con el referido sistema.

“**Art. 38.** Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

1. en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable;
2. en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;
3. en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados;
4. en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa;
5. a bordo de naves;
6. en las faenas portuarias;
7. en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo. Con todo, esta excepción no será aplicable a los trabajadores de centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, en lo relativo al feriado legal establecido en el artículo □169 de la Ley N°□18.
Orgánica Constitucional de Municipalidades, y
8. en calidad de deportistas profesionales o de trabajadores que desempeñan actividades conexas.

Las empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos. Las horas trabajadas en dichos días se pagarán como extraordinarias siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal.

Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo □36. Estos descansos po
para no paralizar el curso de las labores.

No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos.

Cuando se acumule más de un día de descanso en la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto, las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32.

Con todo, en casos calificados, el Director del Trabajo podrá autorizar, previo acuerdo de los trabajadores involucrados, si los hubiere, y mediante resolución fundada, el establecimiento de sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos, cuando lo dispuesto en este artículo no pudiere aplicarse, atendidas las especiales características de la prestación de servicios y se hubiere constatado, mediante fiscalización, que las condiciones de higiene y seguridad son compatibles con el referido sistema.

La vigencia de la resolución será por el plazo de cuatro años. No obstante, el Director del Trabajo podrá renovar la si se verifica que los requisitos que justificaron su otorgamiento se mantienen.

Tratándose de las obras o faenas, la vigencia de la resolución no podrá exceder el plazo de ejecución de las mismas, con un máximo de cuatro años”.

La protección a la fuente del empleo es clara y contundente. Las antedichas actividades productivas no podrían desarrollarse en un régimen ordinario de jornada y descansos. La Ley no pretende obstaculizar el desarrollo económico y la generación de empleo, por la vía de prohibir la realización de actividades laborales y productivas que no pueden adaptarse a un régimen común. Todo lo contrario, la Ley las protege y promueve, por la vía de posibilitar su encuadramiento en la legislación laboral.

Los mismos razonamientos pueden darse para la situación prevista por el artículo 39 del Código del Trabajo.

“**Art. 39.** En los casos en que la prestación de servicios deba efectuarse en lugares apartados de centros urbanos, las partes podrán pactar jornadas ordinarias de trabajo de hasta dos semanas ininterrumpidas, al término de las cuales deberán otorgarse los días de descanso compensatorios de los días domingo o festivos que hayan tenido lugar en dicho período bisemanal, aumentados en uno”.

A conclusiones similares es posible arribar, cuando se analiza la normativa general sobre horas extras. La idea general es que el legislador no fomenta la prestación de servicios más allá de la jornada ordinaria de trabajo. Y cuando decide generar una apertura en tal sentido, lo hace solo para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, tales como atender alzas en la demanda de los productos, lo cual requerirá un mayor número de horas diarias efectivas de trabajo que, por una parte, significará un incremento de las remuneraciones del trabajador y, por la otra, un fomento de la empresa, pues le permitirá tener una respuesta más elástica a las fluctuaciones del mercado y, por lo mismo, con mayores posibilidades de sobrevivencia.

Art. 32. Las horas extraordinarias solo podrán pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa. Dichos pactos deberán constar por escrito y tener una vigencia transitoria no superior a tres meses, pudiendo renovarse por acuerdo de las partes.

Y al igual que en los otros ejemplos, vemos cómo se combinan armoniosamente las dos aludidas protecciones básicas que el ordenamiento jurídico laboral chileno contempla, a saber: protección al trabajador y protección a la fuente del empleo (la empresa).

3.4. La jornada parcial de trabajo. Artículos

⁴²⁰ 40 bis a 40 bis D

A nuestro juicio la regulación de los contratos de trabajo con jornada ordinaria parcial de tiempo de duración, también constituyen una manifestación de la protección a la fuente del empleo y, por cierto, al trabajador.

Beneficia a la empresa porque le permite estructurar su ciclo productivo de manera más flexible y elástica, con un régimen de prestaciones laborales más acotado y dinámico, puesto que, incluso, por primera vez en todo el Código del Trabajo tratándose de jornadas ordinarias de trabajo, autoriza a las partes a pactar directamente alternativas de distribución de jornada. En este caso, el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que registrará en la semana o período superior siguiente⁴²¹.

Pero también se protege al trabajador, puesto que se fijan los requisitos legales mínimos que se deben cumplir para que estas jornadas puedan pactarse lícitamente.

La regulación legal del trabajo a tiempo parcial fue introducido por la Ley N° □ 19.759,
una de las reformas importantes a que fue sometido el Código del Trabajo en la década pasada, en el contexto de un esfuerzo político nacional por introducir normas jurídicas laborales “cuyos ejes principales son los de establecer una normativa que produzca una efectiva promoción del empleo, que favorezca la modernización de las formas contractuales de la relación laboral adecuándolas a las transformaciones registradas en el modo productivo y que reconozca del modo más amplio posible los derechos fundamentales del trabajo; entre

⁴²⁰ **Art. 40 bis.** Se podrán pactar contratos de trabajo con jornada a tiempo parcial, considerándose afectos a la normativa del presente párrafo, aquellos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se refiere el artículo □ 22.

⁴²¹ **Art. 40 bis C.** Las partes podrán pactar alternativas de distribución de jornada. En este caso, el empleador, con una antelación mínima de una semana, estará facultado para determinar entre una de las alternativas pactadas, la que registrará en la semana o período superior siguiente.

otros, el de libertad sindical”⁴²².

La promoción del empleo implica necesariamente la protección a la fuente que lo produce. Porque, sin la existencia de fuentes de empleo o sin una estructura jurídica que las promueva, la generación del empleo se obstaculiza.

En el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.759, la anterior relación fuente del empleo y ley laboral, está nítidamente contenida. Dice el Mensaje del Presidente Lagos: “Como es de vuestro conocimiento, el Gobierno que presido ha declarado su objetivo de asegurar progresivamente adecuados niveles de bienestar económico y social, armonizando iniciativas para fomentar el necesario desarrollo económico con grados importantes de equidad social y dignidad para todos sus ciudadanos, especialmente para aquellos más humildes. En razón de ello, hemos asignado a los temas del trabajo la mayor importancia, comprometiéndonos firmemente con una modernización del mundo laboral que incentive la creación de empleo, beneficie a los trabajadores, erradique toda forma de discriminación, promueva el pleno respeto y el diálogo entre las partes sociales y fortalezca la competitividad de nuestra economía. Consideramos que estos propósitos requieren ineludiblemente una modernización de la legislación laboral, para que responda a los nuevos desafíos de un país que avanza y que permita que el progreso llegue también al mundo del trabajo (...) Los desafíos que el nuevo siglo nos está mostrando cada vez con mayor velocidad y certeza en el ámbito de una economía cada día más globalizada, solo podrán ser enfrentados con éxito por aquellos países que dispongan de un sistema de relaciones laborales caracterizado por la cooperación más que por el conflicto, en el que las partes lleguen natural y cotidianamente a través de pactos de flexibilidad a los acuerdos que permitan adaptar a la empresa a sus desafíos productivos, con total respeto y consideración por los derechos de los trabajadores que la integran y asegurando la adecuada distribución de los beneficios que dicha capacidad importa”⁴²³.

En la discusión parlamentaria el senador Boeninger, manifestó: “7. El objetivo principal en relación a los trabajadores es elevar su nivel de ingreso, para lo cual la primera condición

⁴²² Historia de la Ley N° 19.759, modificando la ley de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica, p. <http://www.inec.cl/histlev/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf> [consulta: 16 de octubre 2011].

⁴²³ Ibídem, pp. 4 y 5.

es el empleo; por lo tanto, cualquier reforma laboral debe ser claramente pro empleo, no solo hoy por estar recién saliendo de una crisis, sino de modo permanente, ya que parece que por razones estructurales será difícil que volvamos tan fácilmente a cifras de 5% o 6% de desempleo. En segundo término, se trata de crear incentivos y condiciones de negociación que tiendan a que el aumento de las remuneraciones reales vaya reflejando los incrementos de productividad y las bonanzas de mercado que puedan favorecer a la empresa. La experiencia enseña que ese es el modo de lograr el objetivo principal y no el intento de redistribuir masivamente ingresos de empresarios y ejecutivos a los trabajadores. Por último, la normativa laboral debe permitir, cuando sea económicamente racional, que se retarde el desplazamiento tecnológico de los trabajadores de un área determinada, e incentivar, vía inversión e innovación, la creación de nuevas y distintas fuentes de trabajo, para lo que se requiere facilitar la movilidad laboral. En este cuadro la obligación del Estado, junto a la de cautelar el cumplimiento de la ley, es establecer un marco normativo que facilite el desarrollo exitoso de la empresa y el mejoramiento de los ingresos y condiciones laborales del trabajador, así como sus niveles de protección”⁴²⁴.

En síntesis, las normas sobre trabajo a tiempo parcial son fruto de un esfuerzo de la sociedad política chilena no solo para proteger al trabajador sino que también para fomentar el empleo y el dinamismo económico social.

3.5. La gratificación como integración del trabajador a la empresa. Artículos □46° a 52° del Código del Trabajo

Según dispone la letra □42 del Código
~~ica~~ del art
legales son una clase de remuneraciones, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador. Su característica es que se trata de una remuneración obligatoria si acaso la empresa obtiene utilidades líquidas. En tal caso pueden el empleador optar entre distribuir el 30% de dichas utilidades entre sus trabajadores⁴²⁵ u optar pagar a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo

⁴²⁴ *Ibíd*em, pp. □1001

⁴²⁵ **Art. 47.** Los establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otros que persigan fines de lucro, y las cooperativas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros, tendrán la obligación de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al treinta por ciento de dichas utilidades o excedentes. La gratificación de cada trabajador con derecho a ella será determinada en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador en el respectivo período anual, incluidos los que no tengan derecho.

ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales⁴²⁶.

Si, el trabajador, que no participa de las pérdidas operacionales de la empresa, y que por regla general no es dueño o socio de aquella, ¿por qué entonces habría de participar directamente de sus utilidades? ¿Por qué razón nuestra legislación, no haciendo al trabajador partícipe de las pérdidas, sin embargo, y en alguna medida, lo beneficia con parte de las utilidades operacionales de la empresa?

Pues bien, la razón de hacer al trabajador partícipe, aunque sea de modo muy acotado, de las utilidades de la empresa, implica varias cosas.

La primera, que se distingue claramente entre empresa, trabajador y empleador o empresario. Es decir, se presta para una conceptualización de la empresa integradora de elementos institucionales y contractuales.

Y la segunda implicación dice que si la empresa es un ente que se compone de trabajo, capital y dirección, la incorporación de los trabajadores a los resultados del rendimiento positivo de ese emprendimiento, contribuirá a la integración de la empresa, pues uno de sus componentes, los trabajadores, la sentirán como propia, como una proyección natural de su trabajo, y no tanto como algo ajeno o alienante⁴²⁷.

El reconocimiento de los trabajadores en la participación de las utilidades operacionales de la empresa, contribuye a la integración de esta. Las gratificaciones, por consiguiente, protegen la empresa, porque al incentivar la participación de los trabajadores promueven su integración.

Porque, y reiterando, si, por una parte, “íntegro es lo que no carece de ninguna de sus partes”, y concordamos en que cualquier ente social, sin integridad, se disuelve en el entorno, ya que al carecer de una de sus partes, pierde su completitud; y, por la otra, aceptamos que la

⁴²⁶ **Art. 50.** El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo.

⁴²⁷ Sobre el contrato de trabajo como negocio de atribución de la utilidad patrimonial del trabajo, la ajenidad de los riesgos y la idea de la alienación en el discurso jurídico laboral: MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Derecho y Trabajo”. Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 55-77.

□47, sea cual fuere

participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa contribuye a la integridad de esta, ya que refuerza una de sus partes (los trabajadores), pues entonces podríamos concluir que las gratificaciones protegen a la empresa porque contribuyen, en alguna medida, a la preservación (o integridad) de la fuente del empleo, a saber: la empresa.

3.6. Despido por necesidades de la empresa. Artículo

□ 161 del Código del Trabajo

En lo pertinente para nuestro análisis, el artículo

□ 161 del Código

“Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo □ 168”.

Consagra esta norma el denominado despido por necesidades de la empresa. La configuración que de tal despido hace nuestra legislación laboral, en términos generales, no se aleja o desacopla en lo esencial del tratamiento que, de esta forma de término de contrato individual de trabajo, es posible observar en el derecho comparado y que busca conciliar los desafíos que imponen los mercados actuales con la protección al trabajador y al empleo⁴²⁸.

La interpretación que a continuación proponemos de la citada norma legal, ratifica lo dicho hasta ahora sobre la materia.

3.6.1. Análisis histórico del artículo

□ 161 del Código del Trabajo

Al respecto nos remitiremos a los motivos que tuvo el Ejecutivo para representar el proyecto de ley que lo introdujo en su formulación actual⁴²⁹, así como a la discusión

⁴²⁸ Un análisis en profundidad del despido por necesidades de la empresa en España y otros derechos continentales, en tesis doctoral Universidad de Málaga: MARTÍN RIVERA, Lucía. “El despido objetivo por necesidades de la empresa”. Madrid, Editorial Reus, 2008.

⁴²⁹ La causal de necesidades de la empresa fue reintroducida en el ordenamiento jurídico laboral chileno, por la primera reforma laboral de la nueva democracia chilena, la Ley N° 19.010, que “Establece la Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo”, promulgada por el Presidente Aylwin el día 23 de noviembre de 1990 y publicada en el D.O. el día 29 del mismo mes y año. Actualmente las normas de la Ley N° 16.455 de 1966, de necesidades de la empresa que había sido incorporada por la Ley N° 19.010 se encuentran derogadas por la Ley N° 16.455 de 1966, de Frei Montalva, y que fue suprimida durante el gobierno militar del general Pinochet. Para un estudio detallado de la evolución del derecho chileno en materia de despido unilateral: THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo (continuación del Tomo I)”, Editorial Jurídica, Santiago, 2010, pp. 443-444; WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Terminación del contrato de trabajo”. Santiago, Editorial Cepet, 1990, pp. 22.

parlamentaria que, ciertamente, establecen la finalidad del cuerpo normativo⁴³⁰.

3.6.1.1. El Mensaje Presidencial

Dice el Mensaje: “Este proyecto otorga a los trabajadores condiciones adecuadas de protección y estabilidad de sus empleos y preserva la flexibilidad que requieren las empresas para elevar los niveles de inversión, expansión y modernización tecnológica”⁴³¹.

El proyecto de la ley vincula el término del contrato a una causa objetiva frente a la actual posibilidad de que el trabajador sea desahuciado unilateralmente sin fundamentación de tal medida, con lo que se reviste de mayor dignidad a la relación laboral y la persona del trabajador. En segundo lugar, considera elevar las indemnizaciones asociadas al despido “(...). Estos criterios, aseguran razonablemente, dentro de las actuales condiciones de desarrollo de nuestra sociedad, una mayor dignidad del trabajador y mejor protección para el evento del despido. Al mismo tiempo resguardan la necesaria flexibilidad y autonomía que debe tener la gestión empresarial, evitando el reintegro obligatorio, o las autorizaciones previas para trabajadores sin fuero (...)”⁴³².

Más adelante expresa, a propósito del reemplazo del desahucio, que “la causal de necesidades de la empresa da cuenta de aquellos hechos que objetivamente pueden afectar la actividad de la empresa y hacer necesario el despido de uno o más trabajadores. Estos hechos que justificarían los despidos, son entre otros, la racionalización o modernización de las empresas, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador”⁴³³.

Del texto del Mensaje, es posible concluir que la intención del Ejecutivo fue la de proponer una legislación para los efectos de brindar protección y estabilidad a los empleos, así como preservar la flexibilidad que requieren las empresas para elevar los niveles de inversión, expansión y modernización tecnológica, en el contexto de una sociedad que ha

⁴³⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE: (en línea) <<http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=1990>> (consulta 20 octubre 2011).

⁴³¹ *Ibíd.*, p. □4.

⁴³² *Ibíd.*, p. □5.

⁴³³ *Ibíd.*, pp. □65

resuelto políticamente avanzar hacia el desarrollo económico en una economía globalizada.

El gobierno del Presidente Aylwin, por consiguiente, propuso una norma laboral con el expreso fin de que esta contribuyera directamente no solo a proteger al trabajador, sino que también a preservar o resguardar anticipadamente la debida flexibilidad que requieren las empresas para seguir creciendo, esto es, para seguir aportando nuevos empleos y riquezas.

En Sesión de fecha 8 de agosto de 1990, Cuenta en Sesión 23, Legislatura 320, el Ministro Cortázar, “fue de opinión que resulta fundamental mantener la capacidad de adaptación de las empresas a un mundo en que la tecnología y el funcionamiento de los mercados es muy variable, y eso requiere capacidad de gestión. El camino que se ha seguido, que es el de las indemnizaciones, asegura la flexibilidad de la gestión empresarial y protege de mejor modo al trabajador”⁴³⁴. Y agregó que “desde un punto de vista macroeconómico, el proyecto incide favorablemente en el clima de inversión, en el cambio tecnológico y en la generación de nuevas fuentes de trabajo”⁴³⁵.

La conciliación de la protección del trabajador y de la fuente de empleo se expresa cuando, determinadas contingencias económicas objetivas, ponen a prueba la capacidad de adaptación de la empresa al mercado, autorizándose a poner término al contrato individual de trabajo, con el pago de una indemnización por años de servicios.

El trabajador queda protegido porque no existe un régimen de libre despido o desahucio, sino que se requiere de una causa legal y porque, además, se le debe pagar su indemnización.

Ninguna de las dos protecciones prima sobre la otra, sino que se concilian en un punto medio, cuyo centro está integrado por tres instituciones: causal objetiva de necesidades de la empresa, pago de indemnizaciones y sanción al despido injustificado.

3.6.1.2. La discusión parlamentaria: El Senado

La cámara de origen escogida por el Presidente de la Republica fue el Senado y la primera intervención que viene a confirmar las argumentaciones ante esbozadas es la del senador Piñera,

⁴³⁴ *Ibíd*em, p. □20.

⁴³⁵ *Ibíd*em, p. □22.

quien agrega que “la naturaleza de la legislación laboral, junto con la capacidad de crecimiento de la economía y otros elementos del modelo de desarrollo económico, son absolutamente determinantes para la capacidad de generación de empleos, lo que le preocupa, dado que durante la década actual se incorporarán a la fuerza de trabajo un millón y medio de chilenos y chilenas”⁴³⁶. En consecuencia, concluye el senador Piñera que “las primeras preguntas que deben hacerse respecto de una legislación laboral es si favorece o perjudica la capacidad de generación de empleos de la economía y cuál es su impacto en la calidad de las relaciones existentes entre trabajadores y empresarios”⁴³⁷.

Más adelante se precisa, que “en su concepto, la única forma de lograr real estabilidad y dignidad en los empleos es creando ocupaciones dignas y estables para todos los que quieran trabajar, objetivo que se obtiene con una economía fundada en la libertad, la inteligencia y la capacidad de emprendimiento de todos los chilenos, y con una legislación laboral moderna y justa, que compatibilice las necesarias dignidad y estabildades laborales con la igualmente necesarias flexibilidad y capacidad de adaptación a la economía”⁴³⁸.

Como se aprecia, los fundamentos que da el parlamentario son, prácticamente, los mismos que aportó el Ejecutivo en la presentación de su proyecto. Y por ello es que el senador Piñera, así como la unanimidad de los integrantes de su partido, Renovación Nacional, apoyaron, en general, dicho proyecto.

Ciertamente que en una línea argumental muy parecida a la postulada por el gobierno, se mostró también el senador Hormazábal, quien expresó que el proyecto de ley busca “desarrollar la armonía en la empresa, estimular la productividad y hacer posible que todos los resultados provenientes del esfuerzo común puedan distribuirse de manera armónica y adecuada”⁴³⁹.

El senador Ruiz (don José) explica, por su parte, que el gobierno, “con mucha responsabilidad política, intentó equilibrar las justas y largamente contenidas aspiraciones del mundo laboral con la necesidad imperiosa de no detener el desarrollo económico”⁴⁴⁰.

⁴³⁶ *Ibidem*, pp. 75.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 76.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 77.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 180.

Por último, consta en actas que el senador Calderón señaló que “considerando la tendencia a la internacionalización de la economía, la internacionalización de los mercados y la rapidez de los cambios en los procesos productivos, es necesaria cierta flexibilidad para la contratación y despido de la fuerza de trabajo”⁴⁴¹.

En la Cámara de Diputados se mantuvo una línea argumental también muy en sintonía con el proyecto del Ejecutivo.

El diputado Olivares manifestó que “es fundamental que la legislación laboral se adecue a la nueva realidad, permitiendo así canalizar los conflictos en forma ordenada, sin perjudicar la marcha de la economía, evitando situaciones traumáticas... la regulación de los despidos debe respetar la necesaria flexibilidad de la empresa para acomodar su dotación de trabajadores ante cambios en el entorno económico en que se desenvuelve; pero también debe resguardar la dignidad del trabajador, dándole protección frente a probadas arbitrariedades”⁴⁴².

Desde otra perspectiva, el diputado Orpis le dice a la Cámara que “en la relación laboral se deberá buscar la justa ecuación entre el fortalecimiento del derecho de gestión del propietario sobre su empresa y la debida protección y dignidad de los trabajadores. En este orden de materia, por primera vez en la historia de nuestra legislación laboral, todos los sectores políticos reconocen expresamente el derecho de gestión del propietario, que se concreta a través de su facultad para determinar la dotación de trabajadores y sus características”⁴⁴³.

En resumen, la casi totalidad de los diputados aprobaron, al igual que los senadores, el proyecto del Ejecutivo, introduciéndole algunas modificaciones accidentales que no alteraron la esencia y finalidad del proyecto, y las argumentaciones que en su oportunidad emitieron, fueron de un tenor y espíritu muy similar al del gobierno.

Del análisis de los textos de la historia fidedigna de la Ley N°

□19.010 es pos

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. □188.

⁴⁴² *Ibidem*, p. □290.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. □303.

advertir una clara orientación normativa de los legisladores en el sentido de formular una legislación sobre terminación de contrato de trabajo que concilie, por una parte, la debida dignidad y protección del trabajador y, por la otra, la necesaria flexibilidad de la empresa para adaptarse a las condiciones fluctuantes de la economía, para así seguir generando riquezas y empleos.

Vale decir, se legisló pensando en una doble función para la norma laboral: a) proteger al trabajador, y b) proteger la fuente del empleo. Para ello se construyó una norma jurídica que autoriza el despido en casos de necesidades de la empresa (protección fuente de empleo) con las respectivas indemnizaciones (protección trabajador). Cabe señalar que la sola circunstancia de creación de la causal legal cumple también un fin protectorio del trabajador, ya que evita el simple desahucio y contribuye a la generación del principio de estabilidad en el empleo.

3.6.2. Análisis sintáctico y gramatical del artículo

□161 del Código del Trabajo

En su inciso pertinente, el artículo 161 del Código del Trabajo expresa textualmente: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causa las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnicas”⁴⁴⁴.

Pues bien, las palabras de la ley, según ordena el artículo 20 del Código del Trabajo entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

Dado lo anterior, lo primero que se debe constatar es si la ley definió el significado de la expresión “necesidad de la empresa”. Pues bien, consultando el artículo en cuestión, así como todos los demás artículos del Código del Trabajo y de sus leyes complementarias, se

⁴⁴⁴ Cabe señalar que en la Ley N° 16.455 la causal podía terminar por “necesidades de funcionamiento de la empresa”.

□16.455 la causal s

advierte que no existe tal definición.

Pero aun cuando la Ley no define lo que debemos entender por necesidades de la empresa, sin embargo nos da una orientación con los ejemplos que pone, a saber: los derivados de la racionalización o modernización de la empresa, establecimiento o servicios; bajas en la productividad; cambios en las condiciones del mercado o de la economía.

Quizás porque siempre da origen al pago de indemnizaciones y porque en el evento de ser declarado injustificado, el incremento penal es solo de un 30% de la indemnización por años de servicio, es que han sido pocos los casos que, sobre despido por aplicación injustificada de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, han llegado a CS.

Destaca en ese contexto, la sentencia de casación en el fondo del 29 de septiembre de 2009, Rol N° 09123 cuando resuelve que para una Universidad, la evaluación académica de sus docentes constituye uno de los pilares estructurales de funcionamiento. No se precisa, aclara el fallo, que la empresa esté en crisis o que la desvinculación siempre importe un proceso de racionalización, por cuanto las situaciones de carácter técnico que el artículo 161 del Código del Trabajo comprende, aluden a rasgos estructurales de la empresa, que inciden en la mecánica funcional de la misma y que, por consiguiente, no implican necesariamente su inminente descarrilamiento, sino que solo su ineficiente desempeño. De esta manera, dice el fallo, la evaluación docente es un elemento esencial a ser considerado para el adecuado funcionamiento de la empresa como la entiende nuestro legislador laboral, por lo que su invocación no puede ser estimada injustificada.

Bajo el concepto de empresa que acoge nuestra legislación laboral, el deficiente desempeño de un docente universitario, es un hecho objetivo que justifica la aplicación de la causal de término de contrato por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, pues afecta esencialmente el funcionamiento de la Universidad. En efecto, los medios personales, materiales e inmateriales que componen la empresa, han sido ordenados para el logro de precisos y determinados fines, lo cual supone una conceptualización de la empresa como un ente competitivo, en el sentido de que todos sus elementos o componentes deben contribuir adecuadamente al cumplimiento de los fines de la empresa. Si, objetivamente comprobado, un trabajador docente tiene un mal desempeño, plausible es concluir que no está contribuyendo a los fines de la empresa, afectando en la medida de su importancia, el funcionamiento

estructural de la Universidad⁴⁴⁵.

El citado fallo manifiesta una comprensión de la importancia de la protección a la empresa. La empresa es un bien social superior que contribuye al progreso social. Por tal motivo, si un trabajador no se desempeña adecuadamente, puede ser despedido por necesidades de la empresa, ya que esta, para poder mantenerse competente, precisará de trabajadores igualmente competentes.

A igual conclusión puede arribarse analizando el significado literal de la palabra “necesidad”.

En efecto, según el Diccionario de la Real Academia Española, necesidad significa: “2. Todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir”⁴⁴⁶. A su vez, la palabra sustraerse se define como la acción de apartarse o separarse.

Cuando se dice, pues, que algo debe hacerse por necesidad, se está haciendo referencia a todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir. Y es imposible sustraerse al despido de un trabajador cuando de ello, en parte, depende la posibilidad de adaptación de la empresa a nuevas realidades económicas o simplemente cuando de ello depende su adecuado funcionamiento, porque si la empresa no se adapta o bien no funciona correctamente, corre el riesgo cierto de desaparecer. Existiría entonces, en tal caso, un bien superior que proteger, a saber, la fuente del empleo, en cuya virtud, si la alternativa a los despidos es la escasa adaptación de la empresa a las nuevas realidades económicas o simplemente su buen funcionamiento, debe optarse por los despidos, con los debidos resguardos, ya que la mantención de la fuente del empleo permite seguir dando trabajo, generando riquezas y contribuyendo al crecimiento.

En resumen, puede afirmarse que tanto la sintaxis del artículo, así como el sentido y significado natural y obvio de sus palabras, reforzado todo por la hermenéutica judicial del término, conducen a concluir que la causal de necesidades de la empresa, contenida en el

⁴⁴⁵ Corte Suprema, CFO, 29 de septiembre de 2009, “Cecil Álvarez Uslar con Universidad de Concepción”, Rol N° 2342009. Una crítica al fallo, en: YÁÑEZ MONJE, Patricio Eduardo. “Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato. ¿Conversión a un sistema de libre despido?”, en: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1 (1): 145-152.

⁴⁴⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, *op. cit.*, □1431.

artículo ~~161 del Código del Trabajo~~ también expresa la idea de protección a la empresa.

Por otra parte, la lógica del artículo también expresa la idea de protección a la fuente del empleo, ya que vincula la premisa “necesidades de la empresa” al término del contrato de manera directa. Vale decir, el artículo conecta una premisa: “las necesidades de la empresa” a un efecto jurídico determinado, en este caso, el término del contrato. La lógica del artículo es concluyente y no admite dudas, máxime cuando el mismo artículo señala algunos ejemplos fácticos de lo que admitía ser considerado como necesidades de la empresa.

Conforme puede observarse en su texto, historia de sus fines y aplicación jurisprudencial, la causal de término de contrato de trabajo del inciso primero del artículo □ 161 del Código

protege a la empresa, pues permite ponerle término a los contratos individuales de trabajo. Pero también protege al trabajador, con el pago de indemnizaciones, la exigencia de justificar la aplicación de la causal y la penalización del despido injustificado, encareciéndolo.

La estabilidad relativa en el empleo, pues, no es incompatible con la protección de la empresa.

3.7. Negociación colectiva. Artículos ~~308, 316~~ segundo, tercero y cuarto; 322 inciso segundo; 329 inciso primero; 347 inciso primero; 348 inciso segundo; 363; 369 y 380

3.7.1. Artículo □ 308 del Código del Trabajo

La configuración legal de la negociación colectiva concilia protección al trabajador (en clave de libertad sindical) y a la empresa. Vista más abstractamente la fenomenología jurídica de la negociación colectiva, en ella es posible distinguir la coexistencia del principio de la libertad sindical y del principio de protección a la fuente del empleo.

A lo largo de toda la regulación de la negociación colectiva se observa esta tendencia a equilibrar la protección al trabajador y la protección a la empresa. A continuación presentaremos algunas de las normas en las cuales se manifiesta la aludida tendencia regulativa.

Una primera protección a la empresa puede ser distinguida en el artículo □ 308 del

Código del Trabajo cuando preceptúa que “para negociar colectivamente dentro de una empresa, se requerirá que haya transcurrido a lo menos un año desde el inicio de sus actividades”.

Por qué habría de postergarse el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva por un año, sino para permitir que la empresa entre en rodaje operacional y supere la etapa crítica de inicio del giro del negocio, pues enfrentar un proceso de negociación colectiva recién iniciadas las actividades podría afectar su consolidación. Porque, si bien es cierto que la tasa neta de nacimiento de empresas, según sugieren algunos estudios, es positiva⁴⁴⁷, aquello no significa que la destrucción o muerte de empresas sea un fenómeno social y jurídicamente irrelevante para los efectos del empleo. Teniendo presente esta realidad, la Ley les da a las empresas un año de gracia en materia de negociación colectiva, para que puedan despegar e insertarse en la dinámica empresarial.

Se advierte por tanto en la precitada disposición legal, una clara relativización de la libertad sindical por una norma de protección a la fuente del empleo, porque tan importante en el plexo valórico del constituyente y, por tanto, también del legislador, es la protección de la fuente del empleo, que tiene el poder jurídico de confrontarse con el derecho fundamental a la negociación colectiva.

3.7.2. Artículo

□317 del Código del Trabajo

La declaración de período no apto para negociar colectivamente que regula en el artículo ~~□317 del Código del Trabajo~~⁴⁴⁸ tiene por objeto proteger a la

⁴⁴⁷ Se ha observado que “la gran concentración de nacimientos y muertes ocurre en las empresas de baja escala (las microempresas reúnen cerca de un 15% de los nacimientos y un 12% de las muertes)... El resultado anterior también revela que si bien existe una destrucción elevada de firmas, la tasa de crecimiento neta es positiva. La única tasa negativa se observa en las sin ventas: las empresas sin ventas presentan tasas de creación cercanas al 18% y tasas de destrucción superiores al 25%. Eso se debe a que un porcentaje de las empresas sin ventas están manteniéndose en el sistema debido a los costos tributarios de cerrar. En cuanto a los porcentajes de destrucción se observa que las mayores tasas de destrucción corresponden, similarmente al caso de creación, a las microempresas y a las sin ventas. Evidencia que soporta la teoría “puerta giratoria”, la cual sugiere que el grueso de los nuevos entrantes no es capaz de sobrevivir ni siquiera al muy corto plazo”, v. BENAVENTE, H. y KÜLZER, S. “Creación y destrucción de empresas en Chile”, en: Estudios de Economía 2(35): 219-222, diciembre, 2008. Otros autores matizan el tema y señalan que “el dinamismo o la alta tasa de creación de empresas es otro aspecto que caracteriza a las MIPES. Entre los años 1999-2006 la tasa de creación en microempresas fue de 15% en promedio; en la pequeña, de 4,5 %; y en la grande, de 1,3. Por su parte, la tasa de salida fue de 12%, 2% y 1%, respectivamente, lo que deja un saldo bastante positivo para la MIPE”, v. OIT y SERCOTEC. “La situación de la micro y pequeña empresa en Chile- 2010”. Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2010, p. 14.

⁴⁴⁸ **Art. 317.** En las empresas en que no existiere contrato colectivo anterior, los trabajadores podrán presentar al empleador un proyecto de contrato colectivo en el momento que lo estimen conveniente. No podrán, sin embargo, presentarlo en uno o más períodos que, cubriendo en su conjunto un plazo máximo de sesenta días en el año

empresa. Esta norma permite que la empresa, en aquellos períodos en que necesita exclusiva concentración de todos los componentes de su organización en la producción, no pueda tener lugar la negociación colectiva. Por ejemplo, en un período de alta demanda de los bienes y servicios que produce, iniciar un proceso de negociación colectiva que, por cierto, implica la posibilidad de una huelga legal, podría en determinadas circunstancias ocasionar daño a la operación de la empresa, afectando su desempeño. La Ley claramente no quiere que ocurra tal cuestión, motivo por el cual consagra tal protección, con ciertas limitaciones que configuran protecciones a los trabajadores.

3.7.3. Artículo ~~320~~ del Código del Trabajo

En una línea protectora de la empresa similar a la anterior, se ubica el inciso segundo del artículo ~~320~~⁴⁴⁹ del Código del Trabajo que establece el derecho de los trabajadores a presentar proyecto de contrato colectivo, cuando ingresen a una empresa donde existiere contrato colectivo vigente, a menos que el empleador les hubiere extendido, en su totalidad, las estipulaciones del contrato colectivo vigente.

Se repite en esta disposición legal la protección de la fuente del empleo, otorgándole a la empresa la posibilidad de optar por alternativas negociadoras que le sean más convenientes, porque, por una parte, se limita el derecho fundamental de la negociación colectiva postergándose su ejecución por seis meses, tratándose de trabajadores que recién ingresan, y, por la otra, se le ofrece la posibilidad de extenderles los beneficios.

Se advierte, entonces, como una constante una tendencia regulativa que combina protección a la libertad sindical y protección a la fuente del empleo.

3.7.4. Artículo ~~329~~⁴⁵⁰ inciso primero del Código del Trabajo

calendario, el empleador haya declarado no aptos para iniciar negociaciones. Dicha declaración deberá hacerse en el mes de junio, antes de la presentación de un proyecto de contrato y cubrirá el período comprendido por los doce meses calendario siguientes a aquel. La declaración deberá comunicarse por escrito a la Inspección del Trabajo y a los trabajadores.

⁴⁴⁹ Los trabajadores que ingresen a la empresa donde hubiere contrato colectivo vigente y que tengan derecho a negociar colectivamente, podrán presentar un proyecto de contrato después de transcurridos seis meses desde la fecha de su ingreso, a menos que el empleador les hubiere extendido, en su totalidad, las estipulaciones del contrato colectivo respectivo.

⁴⁵⁰ **Art. 329.** El empleador deberá dar respuesta por escrito a la comisión negociadora, en forma de un proyecto de contrato colectivo que deberá contener todas las cláusulas de su proposición. En esta respuesta el empleador podrá formular las observaciones que le merezca el proyecto y deberá pronunciarse sobre todas las proposiciones de los trabajadores así como señalar el fundamento de su respuesta. Acompañará, además, los

Esta importante norma del Código del Trabajo introduce las bases positivas que justifican afirmar que nuestro ordenamiento jurídico laboral propugna una negociación colectiva técnica, en el sentido que las propuestas tanto de los trabajadores como de los empresarios y/o empleadores, deben estar presididas de racionalidad económica.

Esta racionalidad económica claramente está regulada en función de los resultados operacionales de la empresa, pues de otro modo no se justifica que el empleador deba acompañar los antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio como mínimo adjuntar copia de los documentos señalados en el inciso quinto del artículo 315, cuando d
entregado con anterioridad.

Estos antecedentes son los balances de los dos años inmediatamente anteriores, salvo que la empresa tuviere una existencia menor, en cuyo caso la obligación se reducirá al tiempo de existencia de ella; la información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de mano de obra del mismo período. Asimismo, el empleador entregará la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, siempre que no sea considerada por aquel como confidencial.

Las citadas normas, al configurar un proceso de negociación colectiva en donde las partes deben justificar sus peticiones en razones técnicas y económicas, así como guiar sus conductas negociales inspiradas en iguales motivaciones, a nuestro entender, contribuyen a proteger a la fuente del empleo, esto es, a la empresa.

Protege a la empresa, porque la resguarda no solo de las peticiones desmedidas e insustentables económica y financieramente de los trabajadores, sino que también de las negativas injustificadas de los empleadores de otorgar beneficios y condiciones que sí son posibles en concordar, conforme a los resultados operacionales de la empresa o de la sustentabilidad en el largo plazo, incluido el factor clima laboral.

Cuando un empleador injustificadamente no otorga mejores condiciones económicas y

antecedentes necesarios para justificar las circunstancias económicas y demás pertinentes que invoque, siendo obligatorio como mínimo adjuntar copia de los documentos señalados en el inciso quinto del artículo 315, cuando dichos antecedentes no se hubieren entregado anteriormente.

laborales a los trabajadores, le ocasiona un daño a la empresa, porque con dicha conducta contribuye a la desintegración de la empresa, ya que a uno de sus componentes, los trabajadores, les será muy difícil sentirse parte de ella, ya que se verá completamente excluida de los resultados económicos positivos.

Lo mismo tratándose de las peticiones contractuales injustificadas de los trabajadores.

Las normas en análisis muestran al intérprete una conciliación entre protección al trabajador y a la empresa, en la medida que configura un proceso de negociación colectiva que impone a las partes el deber de guiar sus conductas en función de criterios económicos y financieros. En una palabra: técnicos.

3.7.5. Arts.

□347 inc. 1º, 348 y 369 del Código del Trabajo

La disposición señala que “los contratos colectivos y los fallos arbitrales tendrán una duración no inferior a dos años ni superior a cuatro años”.

La fijación de plazos legales obligatorios a los contratos colectivos y a los fallos arbitrales, permite salvaguardar tanto a la empresa como a los trabajadores de las contingencias y fluctuaciones de la economía y los mercados.

A los trabajadores los salvaguarda, porque les permite dentro de plazos razonables iniciar nuevos procesos de negociación colectiva, con la expectativa de, si la empresa obtuvo buenos resultados, obtener una mejora en las condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones.

Pero en el caso opuesto, cuando la empresa no ha tenido buenos resultados, le permite al empleador liberarla de un contrato colectivo que resulta insustentable.

Como en las otras normas revisadas, en esta se observa una protección a la empresa y a los trabajadores.

Este mismo orden de ideas debe servirnos para interpretar el inciso segundo del artículo

□348 del Código del Trabajo

sus cláusulas subsistirán como integrantes de los contratos individuales de los respectivos trabajadores, salvo las que se refieren a la reajustabilidad tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios pactados en dinero, y a los derechos y obligaciones que solo pueden ejercerse o cumplirse colectivamente.

Mantener reajustabilidades y beneficios pactados en dinero, en un mundo altamente contingente, puede dañar la fuente del empleo, si las condiciones económicas evolucionan a la baja. Por esta razón el legislador toma la opción señalada, para así no encadenar los flujos futuros de la empresa al cumplimiento de obligaciones que podrán afectar la estabilidad financiera de la fuente del empleo llegado el momento del pago.

Una conceptualización alineada con las ideas precedentemente expuestas es posible de advertir en el artículo 369 del Código negociadora podrá exigir al empleador, en cualquier oportunidad, durante la negociación colectiva la suscripción de un contrato colectivo con iguales estipulaciones a las contenidas en los respectivos contratos vigentes al momento de presentarse el proyecto. El empleador no podrá negarse a esta exigencia y el contrato deberá celebrarse por el plazo de dieciocho meses. Pero, con todo, no se incluirán en el nuevo contrato las estipulaciones relativas a reajustabilidad tanto de las remuneraciones como de los demás beneficios pactados en dinero.

3.7.6. Artículo

363 del Código del Trabajo

El artículo 363 del Código del Trabajo también pueden inferirse importantes consecuencias para la protección de la empresa.

Dicho artículo preceptúa que, en el contexto de la negociación colectiva, para emitir su fallo, el árbitro laboral deberá tomar en consideración diversos aspectos económicos como: nivel de remuneraciones, especialización y experiencia, productividad y, adviértase lo definitorio de los términos, también el nivel de empleo en la actividad de la empresa objeto de arbitraje.

¿Cuál es el sentido de imponer la obligación de considerar el nivel de empleo en la actividad de la empresa objeto de arbitraje? O ¿el nivel de productividad de la empresa?

Conviene desentrañar el supuesto de la norma. En efecto, si la ley impone aquella obligación, es porque supone que la decisión del árbitro puede llegar a afectar los niveles del empleo, ya sea aumentándolos o, por el contrario, disminuyéndolos, pues de lo contrario no se hubieran fijado dichos parámetros de manera tan directamente vinculados al empleo, como criterios para fallar arbitrariamente una negociación colectiva.

Si el Código del Trabajo operara solo bajo el supuesto de proteger al trabajador, sin preocuparle otras variables, no tendría ningún sentido esta norma, ya que el árbitro debería

considerar, en ese caso, solo las propuestas concretas de cada una de las partes, limitándose a elegir aquella que le pareciera más justa de conformidad a su buen criterio, el cual, por cierto, debería estar inspirado solo en la protección del trabajador.

Pero dado que al Código del Trabajo le interesa proteger la fuente del empleo, no puede sino exigirle al árbitro que considere el nivel de ocupación en la actividad de la empresa, así como los aumentos de productividad, el nivel de remuneraciones y el grado de especialización, en la perspectiva de que su decisión jurisprudencial distorsione lo menos posible los costos de producción, el clima laboral y, con ello, los resultados operacionales de la empresa.

Como las demás normas que hemos examinado, la del artículo ~~375~~ **686** del Código del Trabajo, también es una norma que concilia protección al trabajador con protección a la empresa.

Se protege al trabajador porque el árbitro debe considerar los niveles de remuneración, productividad y especialidad, de modo tal de privilegiar aquellas cláusulas que mejor expresen dichos baremos. De esto se sigue que deberían rechazarse aquellas cláusulas del empleador que fijan condiciones por debajo de los niveles de remuneración, productividad y especialidad. Y al protegerse al trabajador, como en todos los demás casos, se produce el efecto virtuoso de proteger también a la empresa, porque se consigue una integración más armoniosa del factor trabajo.

3.7.7. Artículo ~~375~~ del Código del Trabajo.

Acordada la huelga y una vez que esta se hubiere hecho efectiva, el empleador podrá declarar el *lock-out* o cierre temporal de la empresa, el que podrá ser total o parcial.

Y puntualiza el inciso segundo del artículo ~~375~~ **375**:

“Se entenderá por *lock-out* el derecho del empleador, iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa o predio o al establecimiento”.

“El *lock-out* es total si afecta a todos los trabajadores de la empresa o predio, y es parcial cuando afecta a todos los trabajadores de uno o más establecimientos de una empresa. Para declarar *lock-out* parcial será necesario que en el establecimiento respectivo haya trabajadores involucrados en el proceso de negociación que lo origine.

Los establecimientos no afectados por el *lock-out* parcial continuarán funcionando normalmente”.

Por su parte, el artículo 377 del Código de Procedimiento Laboral establece que el cierre temporal o *lock-out* se entenderá suspendido el contrato de trabajo”.

De lo anterior se sigue que el efecto jurídico del *lock-out* es generar para el empleador el derecho a no dar trabajo efectivo al personal que no está involucrado en la huelga. O visto desde otra perspectiva jurídica, el efecto jurídico del *lock-out*, es “liberar al empleador de la obligación de dar trabajo al personal que no está involucrado en la huelga”⁴⁵¹.

Dado que solo una vez acordada la huelga y una vez que esta se hubiere hecho efectiva, el empleador podrá declarar el *lock-out*, es que algunos autores proponen clasificar a nuestro *lock-out*, como defensivo, y por tanto, como medio de presión del empleador sobre la autonomía colectiva de los trabajadores⁴⁵².

A nuestro juicio las interpretaciones de la configuración del *lock-out* en Chile, que reducen la institución en estudio solo a un fenómeno político en cuanto pretensión de imposición de una voluntad a otros, y no como una en donde también se combinan elementos de protección a la empresa, solo es razonable bajo un esquema hermenéutico originalista y literalista de la Constitución y de los textos legales.

La protección a la fuente del empleo, en el caso del *lock-out*, está diseñada para casos en los cuales resulta muy gravoso mantener una actividad parcial de la empresa, comparado con el cese completo de sus actividades. Mantener parcialmente las actividades de la empresa puede llegar a generar cuantiosas pérdidas para la empresa que bien podrían conducir a su fin (porque paga remuneraciones sin que haya producción). Por esta razón, para evitar la pérdida o debilitamiento de la fuente del empleo, el legislador permite decretar el *lock-out*.

Pero la protección de los trabajadores (en clave de libertad sindical o autonomía

⁴⁵¹ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Sindicatos y negociación colectiva. Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo II, 4ª edic. actualizada, 2008, p. 105.

⁴⁵² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Derecho Colectivo del Trabajo”. Santiago, LexisNexis/ConoSur, 2002, p. 457.

colectiva), se resguarda porque, entre otras garantías, el legislador establece un plazo de duración al *lock-out* (inciso final del artículo 377 del CT) y porque “durante el *lock-out* los trabajadores podrán efectuar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos. Sin embargo, en caso de *lock-out*, el empleador deberá efectuarlas respecto de aquellos trabajadores afectados por este que no se encuentren en huelga” (artículo 377 del CT).

3.7.8. Artículo 380 del Código del Trabajo. Huelga

Dice este artículo que:

“(…) si se produjere una huelga en una empresa o predio, o en un establecimiento cuya paralización provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud o que preste servicios esenciales, el sindicato o grupo negociador estará obligado a proporcionar el personal indispensable para la ejecución de las operaciones cuya paralización pueda causar este daño”.

La protección a la empresa es manifiesta. El derecho a la huelga se limita porque el sindicato o grupo negociador deberá proporcionar personal de emergencia para evitar que la paralización “provoque un daño actual e irreparable en sus bienes materiales”.

Es razonable suponer que “un daño actual e irreparable” a los bienes materiales de la empresa le producirá a esta una cadena de daños. Porque en algunos casos podrá significar la quiebra de la empresa o en otros, un nivel de daños más acotado, pero no por eso menos importantes o gravosos.

El legislador, en este caso, para proteger a la empresa, se ve en la necesidad de limitar el derecho fundamental de la huelga.

Y al igual que en los otros ejemplos, aquí también se advierte una conciliación de protección al trabajador y protección a la empresa, porque el sindicato o grupo negociador proporcionará un equipo de emergencia para evitar solo daños irreparables a los bienes de la empresa. Para todos los otros daños, no existe limitación del derecho de huelga.

3.7.9. Artículos 505 bis a 506 ter del CT, que regulan el monto de las multas por infracciones, o de las eventuales sustituciones de estas, en función del tamaño de la empresa medido por número de trabajadores

“Art. 505 bis. Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores.

Se entenderá por microempresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.

Art. 506. Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción.

Para la microempresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.

En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente, y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo.

La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales.

Art. 506 bis. El inspector del trabajo que constate en una micro o pequeña empresa una infracción legal o reglamentaria que no ponga en riesgo inminente la seguridad o la salud de los trabajadores podrá conceder un plazo de, a lo menos, cinco días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas.

Art. 506 ter. Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos □503 y 511 de este Códig
trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y solo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes:

1. Si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la Ley N° 6.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea esta quien aplique la sanción.
2. En el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que

tendrán una duración máxima de dos semanas.

La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa.

Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliera con su obligación de incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días, procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25 por ciento de su valor.

Art. 511. Facúltase al Director del Trabajo, en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad al artículo artículo por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente:

503 y no hubiere sido
 506 ter de este Código

1. Dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción.
2. Rebajando la multa, cuando se acredite fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.

Si dentro de los quince días siguientes de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción, el monto de la multa se rebajará, a lo menos, en un cincuenta por ciento. Tratándose de la micro y pequeña empresa, la multa se rebajará, a lo menos, en un ochenta por ciento”.

Resulta pertinente incorporar a esta argumentación, algunos pasajes de la historia fidedigna de las citadas disposiciones del CT.

Los artículos
la Ley N°
D.O. del 3 de febrero de 2010.

505 bis a 506 t

2011-16-17-18-19-20-21-22-23-24-25-26-27-28-29-30-31-32-33-34-35-36-37-38-39-40-41-42-43-44-45-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-59-60-61-62-63-64-65-66-67-68-69-70-71-72-73-74-75-76-77-78-79-80-81-82-83-84-85-86-87-88-89-90-91-92-93-94-95-96-97-98-99-100-101-102-103-104-105-106-107-108-109-110-111-112-113-114-115-116-117-118-119-120-121-122-123-124-125-126-127-128-129-130-131-132-133-134-135-136-137-138-139-140-141-142-143-144-145-146-147-148-149-150-151-152-153-154-155-156-157-158-159-160-161-162-163-164-165-166-167-168-169-170-171-172-173-174-175-176-177-178-179-180-181-182-183-184-185-186-187-188-189-190-191-192-193-194-195-196-197-198-199-200-201-202-203-204-205-206-207-208-209-210-211-212-213-214-215-216-217-218-219-220-221-222-223-224-225-226-227-228-229-230-231-232-233-234-235-236-237-238-239-240-241-242-243-244-245-246-247-248-249-250-251-252-253-254-255-256-257-258-259-260-261-262-263-264-265-266-267-268-269-270-271-272-273-274-275-276-277-278-279-280-281-282-283-284-285-286-287-288-289-290-291-292-293-294-295-296-297-298-299-300-301-302-303-304-305-306-307-308-309-310-311-312-313-314-315-316-317-318-319-320-321-322-323-324-325-326-327-328-329-330-331-332-333-334-335-336-337-338-339-340-341-342-343-344-345-346-347-348-349-350-351-352-353-354-355-356-357-358-359-360-361-362-363-364-365-366-367-368-369-370-371-372-373-374-375-376-377-378-379-380-381-382-383-384-385-386-387-388-389-390-391-392-393-394-395-396-397-398-399-400-401-402-403-404-405-406-407-408-409-410-411-412-413-414-415-416-417-418-419-420-421-422-423-424-425-426-427-428-429-430-431-432-433-434-435-436-437-438-439-440-441-442-443-444-445-446-447-448-449-450-451-452-453-454-455-456-457-458-459-460-461-462-463-464-465-466-467-468-469-470-471-472-473-474-475-476-477-478-479-480-481-482-483-484-485-486-487-488-489-490-491-492-493-494-495-496-497-498-499-500-501-502-503-504-505-506-507-508-509-510-511-512-513-514-515-516-517-518-519-520-521-522-523-524-525-526-527-528-529-530-531-532-533-534-535-536-537-538-539-540-541-542-543-544-545-546-547-548-549-550-551-552-553-554-555-556-557-558-559-560-561-562-563-564-565-566-567-568-569-570-571-572-573-574-575-576-577-578-579-580-581-582-583-584-585-586-587-588-589-590-591-592-593-594-595-596-597-598-599-600-601-602-603-604-605-606-607-608-609-610-611-612-613-614-615-616-617-618-619-620-621-622-623-624-625-626-627-628-629-630-631-632-633-634-635-636-637-638-639-640-641-642-643-644-645-646-647-648-649-650-651-652-653-654-655-656-657-658-659-660-661-662-663-664-665-666-667-668-669-670-671-672-673-674-675-676-677-678-679-680-681-682-683-684-685-686-687-688-689-690-691-692-693-694-695-696-697-698-699-700-701-702-703-704-705-706-707-708-709-710-711-712-713-714-715-716-717-718-719-720-721-722-723-724-725-726-727-728-729-730-731-732-733-734-735-736-737-738-739-740-741-742-743-744-745-746-747-748-749-750-751-752-753-754-755-756-757-758-759-760-761-762-763-764-765-766-767-768-769-770-771-772-773-774-775-776-777-778-779-780-781-782-783-784-785-786-787-788-789-790-791-792-793-794-795-796-797-798-799-800-801-802-803-804-805-806-807-808-809-810-811-812-813-814-815-816-817-818-819-820-821-822-823-824-825-826-827-828-829-830-831-832-833-834-835-836-837-838-839-840-841-842-843-844-845-846-847-848-849-850-851-852-853-854-855-856-857-858-859-860-861-862-863-864-865-866-867-868-869-870-871-872-873-874-875-876-877-878-879-880-881-882-883-884-885-886-887-888-889-890-891-892-893-894-895-896-897-898-899-900-901-902-903-904-905-906-907-908-909-910-911-912-913-914-915-916-917-918-919-920-921-922-923-924-925-926-927-928-929-930-931-932-933-934-935-936-937-938-939-940-941-942-943-944-945-946-947-948-949-950-951-952-953-954-955-956-957-958-959-960-961-962-963-964-965-966-967-968-969-970-971-972-973-974-975-976-977-978-979-980-981-982-983-984-985-986-987-988-989-990-991-992-993-994-995-996-997-998-999-1000

En el Mensaje Presidencial, de 4 de enero de 2008, se justifica la imperiosa necesidad del proyecto para el desarrollo social y económico del país, señalándose que “la distribución de beneficios derivados de este desarrollo económico, sin embargo, no ha sido del todo equitativa, parte de ello debido a desigualdades en el acceso a oportunidades para emprender. En la actualidad, existen en Chile 721 mil empresas formales activas, esto es inscritas en el Servicio de Impuestos Internos (SII) y con ventas positivas registradas en el año 2006, de las cuales un 79% corresponde a microempresas, un 17% a pequeñas empresas y un 2,5% a medianas empresas. No obstante esta alta participación en términos numéricos, este grupo de empresas, denominadas como Empresas de Menor Tamaño (EMT), aporta solamente al 15% del total de ventas de las empresas del país y su participación directa en las exportaciones nacionales no supera el 10% del total. En términos del empleo que generan, la información

disponible lamentablemente es bastante menos exacta, con lo que la participación de estas empresas en el empleo total dependerá de la fuente y los supuestos utilizados. La información del SII para el año 2006, por ejemplo, indica que las empresas de menor tamaño aportan al 52% del empleo generado por el total de las empresas, siendo una estimación que por razones obvias no incluye a los trabajadores informales. Cuando se consideran otras estimaciones que sí los incluyen, tal como la encuesta CASEN, la participación de estas empresas en el empleo generado por el sector privado aumenta a un 68%. Luego, más allá de estas diferencias, destaca el hecho que las EMT inciden en forma significativa en el empleo nacional”⁴⁵³.

Por todo lo anterior, dice el Mensaje, “es que se considera que el marco regulatorio es un factor importante en la competitividad y viabilidad de las empresas. No es difícil que la regulación se transforme en un obstáculo al emprendimiento y al desarrollo de una empresa: costos administrativos, barreras a la entrada o salida y/o problemas de competitividad derivados de la normativa pueden afectar significativamente el ciclo de vida de un negocio. Por ello es que al diseñar e implementar nuevas regulaciones, se deben tener en cuenta principios de costo-efectividad que permitan fortalecer la capacidad emprendedora, de tal manera que los costos de la regulación no superen los beneficios derivados de ella y al mismo tiempo se cumpla su objetivo deseado.

Una regulación que es costo-efectiva contribuye a generar igualdad de oportunidades para emprender, a potenciar la competitividad de las empresas de menor tamaño y posibilitar nuevos emprendimientos, con efectos directos sobre la consolidación de puestos de trabajo, la equidad social y la participación ciudadana. En la medida que las empresas de menor tamaño incrementen su productividad y sean más competitivas, todo ello reforzado por una regulación adecuada, aumentarán su capacidad de generar valor agregado y de producir bienes y servicios, con una evidente ganancia para todos los actores involucrados.

La actividad de las empresas, independientemente de su tamaño, es afectada por un sinnúmero de normas jurídicas dictadas para regular, tanto las relaciones, deberes y obligaciones de sus propietarios, es decir, los aspectos institucionales de la organización, así como los aspectos operacionales, es decir, aquellos vinculados al giro productivo de bienes y servicios y al funcionamiento de las actividades relacionadas con este.

⁴⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° 20.416. Fija normas para las empresas de menor tamaño”, p. <http://www.biblioteca.cl/histley/periodos?p=2010> [consulta: 1 febrero 2012].

□20.416. Fija norma

Las normas, por su parte, afectan de manera diversa, en algunos aspectos, a las distintas categorías de empresa según su tamaño. Las relaciones entre los dueños, las de estos con sus trabajadores, las normas tributarias, de higiene, de condiciones de trabajo, de contrato de trabajo, de previsión y seguridad social, de impacto ambiental, etc., se encuentran diseminadas en distintos cuerpos jurídicos, los que en la mayoría de los casos no están solo dirigidos a las empresas de un determinado tamaño, sino que a todas las que se encuentren en el supuesto jurídico que se pretende regular con ellas”⁴⁵⁴.

El proyecto del Gobierno de la Presidenta Bachelet fue ratificado por representantes de todos los sectores políticos. El diputado Moreira, de la bancada opositora, por ejemplo, parte su intervención diciendo: “Señor Presidente, ¿cuántos años debieron pasar para hacer un reconocimiento a las Pymes? El proyecto representa un avance en esta materia, aunque siempre hay ‘peros’ en el camino (...) Independientemente de esta reflexión, de las aprensiones que uno pueda tener, en el sentido de que quizás podría habernos faltado un poco más de creatividad y de realismo para avanzar un poco más, reitero que estas medidas son positivas y oportunas. En este contexto, lo más importante es que estamos dando un paso en el camino de las mil millas para hacer realidad nuestra preocupación de llevar a las Pymes del país a un grado de esperanza, de poder ser viables y seguir dando mayor trabajo en una crisis que se nos viene fuerte”⁴⁵⁵.

O los dichos del diputado Dittborn, de la bancada opositora: “Señor Presidente, estamos en presencia de una iniciativa largamente esperada por las pequeñas y medianas empresas, cuyos representantes siempre han argumentado que su situación es distinta de la que exhiben las grandes empresas y que, por lo tanto, requieren un tratamiento regulatorio también distinto”⁴⁵⁶.

En síntesis tanto el Gobierno como los diversos sectores políticos del Congreso Nacional, estuvieron de acuerdo que debe protegerse a las Pymes porque estas, cifras más cifras menos, son la fuente del 68% del empleo en el país, aportando solamente al 15% del total de ventas de las empresas del país y teniendo una participación directa en las exportaciones nacionales que no supera el 10% del total.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pp. □6 y 7.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pp. □179 y 180.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. □182.

Las razones de esta discriminación no arbitraria a favor de las Pymes es clara. Las Pymes aportan gran parte del empleo en Chile. Puesto que el empleo es un bien insustituible en la lucha por el progreso social, el empleo debe fomentarse y protegerse. Una forma de protección es otorgándoles ciertas ventajas a las Pymes, principal fuente del empleo, bajo el supuesto que estas ventajas les ayudarán a sustentarse en el tiempo, manteniendo el empleo de sus trabajadores.

IV. CONCLUSIONES

A partir de una conceptualización que integra elementos patrimonialistas e institucionalistas, se ha justificado que la empresa es la fuente del empleo.

Dicha conceptualización de la empresa, implica necesariamente la idea de empleo de los recursos productivos (trabajo y capital), porque, si aquella es una organización productiva, no podría serlo sin el supuesto de incorporar organizacional y racionalmente los medios para producir bienes y servicios. No se puede producir bienes o servicios desde la nada, o sin contar con los medios personales, materiales e inmateriales para hacerlo. Sin empleo de factores, incluidos los humanos, la empresa, legalmente analizada, no puede llegar a constituirse como ente o ser jurídico porque, legalmente, es una organización de medios, idea que implica previamente el que existan los medios y el que estos se empleen, puesto que se organizan. Ergo, el concepto de empresa implica la idea de empleo.

La conceptualización legal de empleador, en cambio, no necesariamente implica la generación de empleo, pues su eje legal definitorio es la utilización u obtención de los beneficios que el empleo de los recursos producidos proporciona. Se trata de una definición tributaria de una perspectiva patrimonialista y contractual, refleja también si prefiere del empleador⁴⁵⁷, que no concibe holísticamente el fenómeno del empleo, ya que atiende básicamente a quien se apropia jurídicamente y en forma originaria de los frutos del trabajo, que es el dueño de la empresa, también denominado el empresario o empleador. Y no atiende,

⁴⁵⁷ Esto es del empleador o empresario conceptualizado como un mero “acreedor de trabajo subordinado contratado y quien, en contrapartida, está obligado a retribuirlo”, v. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBAUT, Javier. “La visión del empresario laboral.”, en: CAMPS RUIZ, Luis Miguel, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás (coordinadores). “Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

en cambio, a la empresa que, como sabemos, es “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”.

La conceptualización de empresa que integra elementos patrimonialistas e institucionalistas, defendida en esta tesis, imperante en el ordenamiento jurídico laboral chileno, permite distinguir a la empresa como fuente del empleo, porque, distinguiendo a la empresa como la unidad productiva fundamental del mercado que genera el empleo de los factores productivos, tampoco se pierde de vista que el gobierno de la misma está estructuralmente ligada a los derechos de propiedad del titular del capital de la misma, quien se apropia legalmente de los frutos que le proporciona la empresa.

Por otra parte, hemos justificado que, básicamente, existen dos formas de protección de los bienes jurídicos.

La primera y más utilizada consiste en declarar al derecho portador del bien jurídico irrenunciable y, por tanto, fuera del comercio humano.

La segunda forma o clase de protección consiste en la promoción o reproducción del bien, cuestión que se explica por la importancia que se le asigna al bien en la estructura y organización jurídica básica de la sociedad. La idea matriz de esta forma de protección es la generación de las condiciones para que dicho bien se expanda en la sociedad porque, su continua reproducción, contribuirá a la creación de las condiciones sociales que permiten a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual posible, generando mejores y mayores niveles de integración armónica de todos los sectores de la Nación.

El análisis de las normas constitucionales y legales, así como la revisión de la jurisprudencia y la doctrina nos permitió demostrar que la fuente del empleo es protegida por el ordenamiento jurídico laboral chileno, ya sea por preservación o por promoción.

Se pudo comprobar también que la protección de la empresa generalmente va asociada a una protección correlativa del trabajador, consistente en el establecimiento de un derecho a favor de aquel (ya sea en sede de derecho individual o colectivo). Así, por ejemplo, se otorga al empleador derecho al *lock-out*, para proteger a la empresa, pero se le limita, ya que no puede extenderse más allá de cierto plazo. O bien, se autoriza al empleador a despedir al

trabajador por necesidades de la empresa, pero se le protege con los derechos a percibir indemnizaciones, a demandar el despido injustificado o acceder a los beneficios del seguro de desempleo, entre otras garantías.

En síntesis, por tanto, hemos justificado que nuestro ordenamiento jurídico laboral protege la fuente del empleo, pero sin descuidar, ciertamente, la protección al trabajador, y buscando siempre una conciliación o equilibrio entre estos dos bienes.

CAPÍTULO IV

CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO
DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO

I. INTRODUCCIÓN

Habiéndose establecido el sentido dogmático de las categorías principio jurídico laboral, empleo y protección a la fuente del empleo, nuestra tesis se encuentra en condiciones metodológicas de dar el paso fundamental hacia la configuración del principio de protección a la fuente del empleo.

Configurado que sea el principio, el paso siguiente recaerá en el análisis de algunas objeciones que podrían ser presentadas en contra de nuestra tesis. Distinguiremos dos clases de objeciones o críticas: políticas jurídicas y dogmáticas.

Realizado el esfuerzo crítico precedentemente esbozado, proseguiremos con una indagación sobre los posibles antecedentes, en el derecho comparado del trabajo, del principio de protección a la fuente del empleo.

II. CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO

En una primera aproximación convengamos en que configurar, del latín *configurare*⁴⁵⁸, significa dar determinada forma a algo. Y haciendo también la precisión que aquí, en esta tesis, sentido significa razón de ser o finalidad, reiteramos que eso a lo cual pretendemos darle forma, es a un sentido normativo presente en el ordenamiento jurídico laboral chileno. Nuestra tarea, por consiguiente, es típicamente dogmática, puesto que pretendemos comprender el sentido normativo de una zona del ordenamiento jurídico y la forma que pretendemos deslindar o fijar como un ente, es la de una clase de norma jurídica denominada principio de protección a la fuente del empleo.

La comprensión dogmática jurídica puede ser vista como un proceso analítico y conceptual, en tanto se vale de aquellas herramientas metodológicas para distinguir el sentido normativo del derecho positivo; proceso que estimamos haber desarrollado correctamente en los capítulos I, II y III de esta tesis porque, primero, hemos procedido descomponiendo o descomplejizando el objeto de estudio (la norma jurídica) y segundo, hemos abstraído ciertas

⁴⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario... *op. cit.*, □538.

notas distintivas del fenómeno, organizándolas descriptivamente, y proponiendo algunas definiciones, tales como las de principio jurídico y principio jurídico laboral, empleo y protección a la fuente del empleo.

Al respecto recordemos que, como tuvimos la oportunidad de justificar en el capítulo I de la tesis, las normas jurídicas persiguen los fines que tanto el constituyente como el legislador incorporan en su estructura. Puesto que los principios son normas jurídicas, persiguen, por tanto, ciertos fines.

En tanto mandatos de optimización, los principios jurídicos laborales ordenan que deba realizarse en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los fines que el constituyente y el legislador le han puesto y que, en la actualidad, son básicamente protección al trabajador y a la fuente del empleo⁴⁵⁹.

Ahora bien, si concebimos el derecho como un fenómeno artificial y/o creado por el hombre, deberíamos aceptar que los fines que las normas jurídicas persiguen no son fines en sí mismos, esto es, puramente abstractos y aislados del funcionamiento de la sociedad.

El ordenamiento constitucional y legal no es un fenómeno de generación espontánea, sino que una realidad jurídica construida voluntariamente, mediante complejos procesos políticos y deliberativos institucionalizados, guiado por las valoraciones sociales que logran, como regla general y en un momento determinado, una mayor legitimidad democrática.

En efecto, las normas jurídicas laborales, cuyos fines están orientados en una gran proporción hacia la protección del trabajador y de la fuente del empleo, han sido puestas en el ordenamiento jurídico de la sociedad chilena para que cumplan una función regulativa.

A las normas jurídicas laborales se les asignan fines políticos porque se espera que presten ciertos servicios al desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad (esto es, que cumplan una función en el sistema social). Así, ha decidido el constituyente y el legislador proteger al trabajador y a la fuente del empleo porque, valorándose la dignidad humana intrínseca de aquel y al empleo como motor del bienestar social, se estima que la sociedad funcionará mejor en la misma medida que promoció y concretó tales bienes, conforme a

⁴⁵⁹ Por cierto que no descartamos otros fines presentes en el Derecho del Trabajo chileno, como puede ser la conciliación del trabajo y la vida familiar, la maternidad, y la empleabilidad de la mujer. Pero la comprobación de esas hipótesis dogmáticas no ha sido el objeto de este trabajo.

ciertos parámetros de justicia social.

Pues bien, para darle forma al principio de protección a la fuente del empleo, esto es, para configurarlo de manera dogmática, metodológicamente fue necesario inferir de las normas del ordenamiento jurídico laboral, por cierto que con la colaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, las categorías o conceptos elementales que lo componen, a saber: principio jurídico laboral, empleo y protección a la fuente del empleo. Gran parte de ese trabajo se realizó en los capítulos I, II y III en los cuales se estableció el sentido dogmático de las categorías “Principios”, “Empleo”, “Fuente del empleo” y “Protección a la fuente del empleo”, respectivamente. La determinación de tales categorías ha sido un paso previo a la configuración del principio de protección a la fuente del empleo.

Por consiguiente, estando ya determinados y/o formalizados los elementos básicos que componen el principio de protección a la fuente del empleo, el proceso de configuración de aquel consistirá en generar la concatenación lógica y material de cada uno de estos elementos de modo tal que el producto o resultado de tal operación conceptual, sea el principio de protección a la fuente del empleo.

1. CONCATENACIÓN CONCEPTUAL DE LOS ELEMENTOS QUE COMPONEN EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO

Los pasos de la concatenación conceptual irán en este orden secuencial: principio jurídico, principio jurídico laboral y principio de protección a la fuente del empleo.

1.1. Principio jurídico

Habiéndose justificado en el capítulo I, mediante el Test de Compatibilidad⁴⁶⁰, que la idea de principio como mandato de optimización es compatible con el ordenamiento jurídico laboral chileno, toda vez que nuestra jurisprudencia así lo entiende; y puesto además que los principios, en tanto normas jurídicas persiguen fines y prestan funciones a los ordenamientos jurídicos, estimamos razonable haber optado en esta tesis por un concepto que combina ambos elementos (fines y funciones) y cuya formulación es la siguiente: norma jurídica que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

⁴⁶⁰ V. Cap. I, subcapít. II, sec. 2.1. de esta tesis.

reales existentes, los objetivos y las funciones que el constituyente y el legislador le han puesto.

Conforme se predica de las conclusiones del capítulo I, disponemos entonces de un concepto general de principio que puede ser aplicado razonablemente a la comprensión de los principios jurídicos laborales.

El paso siguiente consistirá en incorporar a ese concepto abstracto el contenido material y normativo en cuya virtud podremos distinguirlo como una norma perteneciente a un ordenamiento jurídico particular. Este contenido viene determinado por los fines y funciones que el constituyente y el legislador le han puesto.

1.2. Principio jurídico laboral

¿Cuáles son esos fines y cuáles las funciones que caracterizan y distinguen a los principios jurídicos laborales de los otros principios posibles de distinguir en el ordenamiento jurídico chileno?

No es necesario justificar que las normas jurídicas laborales primariamente protegen al trabajador. De hecho, en esta tesis se ha partido de ese supuesto o dogma por ser, evidentemente, incontrovertido en la doctrina nacional y comparada.

La controversia surge cuando se proponen para las normas jurídicas laborales otros fines y, entre ellos, cuando se postula que el empleo y su fuente, esto es, la empresa, son fenómenos hacia a los cuales también propende la protección jurídica laboral.

En el capítulo II de esta tesis realizamos una reconstrucción jurídica del concepto de trabajo, que nos permitió demostrar que la comprensión de este como empleo asalariado, brindado en condiciones socioeconómicas dignas o decentes, como ha propuesto la OIT, es hoy por hoy, un fin perseguido por la legislación laboral, lo mismo que la protección a la fuente que lo produce, y que es la empresa.

No existe en la Constitución Política de la República, ni en la legislación chilena, una definición expresa de trabajo o de empleo. Por consiguiente, la configuración dogmática del término, ha sido un paso obligado en la fundamentación de la tesis.

Así fue como entonces en el capítulo II de la tesis justificamos que, analizado globalmente el ordenamiento jurídico laboral chileno, puede inferirse dogmáticamente de él

una conceptualización de empleo que lo concibe como toda prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, en virtud de un contrato de trabajo, por cuyo efecto se recibe a cambio una contraprestación denominada remuneración, todo esto, por cierto, en el contexto de un mercado de trabajo regulado por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias que reconocen una relación virtuosa entre calidad de empleo y desarrollo económico.

Por otra parte, y a partir de una conceptualización que integra elementos patrimonialistas e institucionalistas, se ha justificado que la empresa es la fuente del empleo.

Demostramos que dicha conceptualización de la empresa, implica necesariamente la idea de empleo de los recursos productivos (capital y trabajo) porque si aquella es una organización productiva, no podría serlo sin el supuesto de incorporar organizacional y racionalmente, los medios para producir bienes y servicios. En efecto, no se pueden producir bienes o servicios desde la nada, o sin contar con los medios personales, materiales e inmateriales para hacerlo. Sin el empleo de ciertos factores, medios o recursos, incluidos los humanos⁴⁶¹, la empresa no puede llegar a constituirse como ente o ser jurídico porque, legalmente, es una organización de medios personales, materiales e inmateriales, idea que implica previamente el que existan los medios y el que estos se empleen puesto que se organizan. Ergo, el concepto de empresa implica la idea de empleo. Sin empresa, no hay posibilidad de emplear.

La revisión crítica de un conjunto de enunciados normativos laborales, nos permitió comprobar que las funciones de las normas jurídicas laborales son contribuir a la integración del capital y el trabajo, y sus fines, proteger al trabajador y a la fuente del empleo.

La pregunta que luego debemos formularnos, por tanto, en este proceso de configuración conceptual, es por qué el constituyente y el legislador le han puesto esos fines a las normas jurídicas laborales, esto es, la protección del empleo y de la fuente que lo

⁴⁶¹ Estamos de acuerdo con Mario E. Ackerman que, “sin son humanos no son recursos”, pues el trabajo es una categoría extrapatrimonial, v. ACKERMAN, Mario. “Si son humanos no son recursos”. Buenos Aires, Hammurabi/José Luis Depalma Editor, 1996, pp. 335 Bajo el término de recursos humanos, el trabajador aparece como un instrumento y la sociedad se nos presenta como integrada por cosas, y no por personas. Nuestro uso del término “medio”, “factor” o “recurso”, debe ser interpretado, por consiguiente, no como una negación a la tesis de Ackerman (que es, por lo demás, la tesis fundacional del Derecho del Trabajo, pero con otros términos). El empleo de tales palabras, en nuestra tesis, es solo referencial o analítico, sin la pretensión de comunicarle un contenido ético mercantilista.

genera, a saber: la empresa.

La respuesta sustancial a esta pregunta la entregamos en los capítulos II y III de la tesis y, en síntesis, puede resumirse en la siguiente idea: el constituyente y el legislador asumen positivamente que es deber del Estado promover el bien común. Para cumplir con este mandato, el Estado se encuentra obligado a crear las condiciones para que las personas puedan desarrollar al máximo sus potencialidades materiales y espirituales pero, ciertamente, propendiendo hacia la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. En este orden institucional, la regulación de las relaciones jurídicas laborales deben ser entendidas como estructuras normativas que tienen por objeto contribuir al cumplimiento de los fines de bien común del Estado, pues a lo que apuntan es a la integración armónica de la sociedad, por la vía de revalorizar el trabajo como empleo, porque el trabajo no es una mercancía y el tratarlo como tal (como lo fue en el pasado), se pone en peligro la sustentabilidad política e institucional de la sociedad.

La protección de la empresa, en tanto fuente del empleo, es promovida porque se le considera un cuerpo intermedio que contribuye a crear las condiciones que permiten a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible. Porque la empresa, al generar empleo, contribuye a la integración armónica de todos los sectores de la Nación y agrega sustrato material al derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo □1º, inciso tercero CPR). Así, se promueve la empresa porque se valora el empleo que genera. Y se valora el empleo porque se considera que es una de las vías para superar las desigualdades que, por cierto, generan injusticias sociales, por todos reconocidas como causa del alejamiento de la paz y del progreso social.

Los fines de protección a la empresa, al empleo y al trabajador, por consiguiente, cumplen una clara función de integración social y descomplejización del conflicto entre capital y trabajo, como ha sido reconocido por la jurisprudencia, la doctrina nacional y comparada y, como por cierto, también ha sido inferido dogmáticamente en esta tesis de las normas del ordenamiento jurídico laboral chileno.

1.3. Principio de protección a la fuente del empleo

Todo lo argumentado hasta ahora ha sido con el objeto de justificar la existencia o validez del principio de protección a la fuente del empleo en el ordenamiento jurídico laboral chileno. La existencia o validez del principio de protección a la fuente del empleo, metodológicamente, ha debido ser extraída de los enunciados normativos presentes en el ordenamiento jurídico laboral, mediante un proceso de inferencia jurídica en constante diálogo crítico con la doctrina y la jurisprudencia. Esta forma de comprensión del sentido del derecho positivo, ha definido nuestra tesis como una que se enmarca en el campo de la dogmática jurídica.

En los capítulos II y III justificamos que el empleo y la fuente generatriz del mismo, a saber, la empresa, gozan de protección constitucional y legal, ya sea en fase de preservación como de promoción, modalidad esta última típica del Estado Social de Derecho. No se trata de protecciones aisladas o puntuales, sino que de todo un conjunto coherente de disposiciones que constituyen una regulación jurídica estratégica, por cuanto se le concibe como fundamental para el desarrollo institucional del país. La función jurídica de la protección del empleo y de la empresa, en el contexto de nuestros argumentos, es la de contribuir a la integración armónica del capital y el trabajo y, con ello, de la sociedad, con lo cual se generan mejores condiciones para la paz y el desarrollo económico social.

Entonces bien, si integramos a nuestro concepto abstracto de principio jurídico los fines y funciones de las normas jurídicas laborales que hemos revisado, es posible obtener el siguiente concepto de principio jurídico laboral combinado: norma jurídica laboral que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los objetivos de protección del trabajador y de la fuente del empleo, y las funciones de equilibrio y regulación entre capital y trabajo que el constituyente y el legislador le han puesto.

Asimismo, el principio de protección a la fuente del empleo puede ser formulado en los siguientes términos: norma jurídica laboral que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los objetivos de protección a la fuente del empleo, y las funciones de equilibrio y regulación entre capital y trabajo que el constituyente y el legislador le han puesto.

2. OBJECIONES EN CONTRA DE LA TESIS QUE SOSTIENE LA EXISTENCIA Y/O VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO

JURÍDICO LABORAL CHILENO

Es posible imaginar dos tipos de objeciones que, desde el campo jurídico laboral⁴⁶², podrían blandirse en contra de nuestra tesis, a saber: político-ideológicas y dogmáticas.

Estas objeciones, como demostraremos, son derrotables o, a lo menos, contrarrestables.

2.1. Objeciones político-ideológicas

Sin la pretensión de introducir aquí la disputa histórica entre positivistas y iusnaturalistas que, por cierto, se mantiene hasta el día de hoy con diversas variantes y fórmulas⁴⁶³, y menos de instalar nuestra tesis en aquel contexto discursivo polémico; la famosa frase de John Austin, “la existencia del derecho es una cosa, su mérito o demérito, otra”⁴⁶⁴, sin embargo, nos servirá metafóricamente de guía para ilustrar las objeciones político-ideológicas que podrían blandirse en contra de nuestra tesis.

En efecto, bajo el título “objeciones político-ideológicas” englobaremos al conjunto de objeciones que podrían esgrimirse en contra de la tesis de la existencia del principio de protección a la fuente del empleo, fundadas no en el análisis del contenido positivo del ordenamiento jurídico laboral, sino en la concepción política o ideológica que se desea que aquel contenga.

Esta clase de objeciones confunde lo que el ordenamiento jurídico laboral es en un momento determinado de su desarrollo y evolución positiva, con el ordenamiento jurídico

⁴⁶² Para una comprensión sociológica del campo jurídico, v. BOURDIEU, Pierre. “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en: BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. “La fuerza del derecho”. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, estudio preliminar y traducción Carlos Morales de Setién Ravina, 2ª ~~2005~~mp., 2005, pp. □115

⁴⁶³ Una revisión crítica de tales disputas, v. ATRIA, Fernando. “La ironía del positivismo jurídico”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (27): 81-139, 2004.

⁴⁶⁴ La frase de John Austin, fundador de la jurisprudencia analítica positivista, se encuentra en la *Lecture V* de su clásica obra “*The Province of Jurisprudence Determined*”, publicada por primera vez en 1832. La frase completa es la siguiente: “La existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito, otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación. Esta verdad, cuando se afirma en abstracto, es tan simple y evidente que parece ocioso insistir en ella. Pero por simple y evidente como parece en abstracto, ha sido olvidada en muchos casos concretos y la enumeración de ejemplos llenaría un volumen completo”, v. AUSTIN, John. “El objeto de la jurisprudencia”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción y estudio preliminar Juan Ramón de Páramo Argüelles, introducción por H.L.A. Hart, 2002, p. □188.

laboral que debería ser, por estimarse mejor. El foco de atención de las objeciones político-ideológicas, por tanto, no es la existencia o validez del derecho, sino que su mérito o demérito.

Así, y por ejemplo, desde una concepción política-ideológica jurídica laboral clásica, se podría argumentar en contra de nuestra tesis que, dada la especialidad histórica del Derecho del Trabajo, que lo concibe como un derecho cuyo fin solo consiste en proteger al trabajador, mediante series de derechos mínimos irrenunciables u otros mecanismos tutelares, la posibilidad de existencia de un principio de protección a la fuente del empleo (o la empresa como hemos visto), resulta incompatible y hasta contradictorio, más allá de la configuración positiva concreta que presente el ordenamiento jurídico laboral chileno.

Se asumiría así al Derecho del Trabajo como ideología, esto es, como una determinada concepción de cómo debe ser, prescindiendo de su estudio dogmático y práctico, y *a priori*, se descartaría cualquier mutación o evolución de su contenido que incorpore nuevas finalidades, porque atentaría contra su especialidad histórica que se eleva a la categoría de finalidad metalegal (o metafísica jurídica).

Como se advierte, se trataría de objeciones que estarían construidas en un plano distinto al que propone nuestra tesis. En ella, principalmente, no se analiza el mérito o demérito político del ordenamiento jurídico laboral chileno, sino que esencialmente se trata de comprender su sentido normativo actual mediante el análisis de sus enunciados normativos, reconduciendo ese análisis a un sistema o conceptualización mayor (principios) con el objeto de aplicar esos resultados a la fundamentación de casos jurídicos reales o imaginarios, para así contribuir, en términos generales, a la estabilidad, seguridad y progreso del ordenamiento jurídico laboral, toda vez que, y en todo caso, la propuesta de mejoras en el sistema (política laboral), supone previamente su correcta comprensión.

Nuestra tesis es, por tanto, un estudio dogmático, por lo mismo, intrasistémico orientado a buscar las conexiones internas de sentido normativo del sistema jurídico laboral.

Dicho lo anterior, aclaramos que para la dogmática jurídica laboral no es indiferente la especialidad histórica del Derecho del Trabajo y por consiguiente, no negamos bajo ninguna circunstancia su importancia.

Por cierto que se trata de un factor decisivo, qué duda cabe, pero en la misma medida

que lo tratamos como elemento interno, esto es, en cuanto fuente material del ordenamiento jurídico laboral, presente como sustrato material de la norma positiva y, por lo mismo, susceptible de ser inferido de aquellas, y no, como un elemento histórico externo o abstracto. Como ha sido recordado por Barros, “la mirada dogmática se produce desde dentro del sistema legal, porque su interés es comprender el derecho, y no reconstruirlo desde la nada”⁴⁶⁵.

Las objeciones político-ideológicas, por consiguiente, no están en condiciones de refutar en algún sentido nuestra tesis, puesto que su discurso no intercepta el nuestro, que es principalmente dogmático. Se trata de lenguajes distintos. El nuestro es acerca del Derecho del Trabajo vigente, esto es, del derecho que es; y el otro discurso, es acerca del derecho que debería ser, en base a alguna fundamentación política o ideológica jurídica que analiza el derecho desde un punto de vista externo, negándole implícitamente al Derecho del Trabajo su autonomía científica. Nuestra tesis, por cierto, no tiene buenas oportunidades para conversar con las objeciones político-ideológicas.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo señalado, conviene precisar que nuestra argumentación no debe ser considerada bajo ningún aspecto como una negación de la política o ideología jurídica laboral. Muy por el contrario, se trata de discursos imprescindibles para la evolución y desarrollo del derecho, puesto que es la crítica política-ideológica del derecho positivo vigente la que permite su evolución y continua reconfiguración con nuevos contenidos normativos portadores de variaciones valorativas que van reinterpretando la idea de justicia del ordenamiento.

Es posible, por tanto, distinguir una comunicación-retroalimentación entre la política y la dogmática jurídica, en cuanto la dogmática jurídica provee a la política jurídica de una comprensión del ordenamiento jurídico vigente a partir del cual proyectar sus críticas o mejoramientos. Asimismo, la política jurídica precisa de las herramientas conceptuales de la dogmática para poder proponer un mejor derecho, ya que sin dichas herramientas, la política jurídica no logra constituirse en política jurídica, sino que permanece en el nivel de la política

⁴⁶⁵ BARROS, Enrique. “La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Estudios Políticos (1972) 347. Responsabilidad Extracontractual”.

general⁴⁶⁶.

2.2. Objeciones dogmáticas

A diferencia de las políticas ideológicas, es posible imaginar algunas objeciones dogmáticas que, por ser tales, están en condiciones de discutir con nuestra tesis.

Lo primero que hemos de tener presente es que evidentemente existe una relación fundamental entre metodología y dogmática, desde el momento que la ciencia del derecho (la dogmática jurídica), queda definida en gran parte por su objeto (la norma jurídica) y su método (el dogmático). Por consiguiente, bajo el título objeciones dogmáticas, también se incluyen los eventuales reparos metodológicos que pudieren hacerse a la tesis.

2.2.1. Primera objeción: imposibilidad lógica de inducción del principio de protección a la fuente del empleo

Desde una perspectiva formalista se podría argumentar en contra de nuestra tesis que la noción de principio como mandato de optimización no puede ser inferida de las normas jurídicas presentadas porque, tal noción de principio, excluye la idea de generalidad, y el resultado de una inferencia jurídica inductiva siempre es una generalidad y/o universalidad.

Tal objeción es derrotable por las siguientes razones.

2.2.1.1. A nivel teórico, la definición originaria de principio como mandato de optimización no excluye la idea de que estos también puedan ser, en el contexto de algunos ordenamientos jurídicos, normas generales. Alexy señala que la diferencia entre reglas y principios no solo es gradual sino que cualitativa, y que este último elemento (cualitativo), es el decisivo para su definición⁴⁶⁷. Por consiguiente, lo cualitativo (esto es, el que sean mandatos de optimización), define la estructura de los principios y los diferencia de las reglas, pero no excluye necesariamente la circunstancia que siendo mandatos de optimización, puedan ser, a su vez, también normas jurídicas generales, esto es, mandatos de optimización establecidos de manera general en ciertos y determinados ordenamientos jurídicos. El ser

⁴⁶⁶ Sobre la relación entre dogmática y política jurídica, v. LARENZ, Karl. “Metodología de la ciencia del derecho”, *op. cit.*, ¶ 881.

⁴⁶⁷ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, ¶ 67.

mandatos de optimización es una cualidad decisiva del concepto de principio, pero no es la única cualidad que poseen.

2.2.1.2. También gravita en esta defensa teórica, el factor práctico, de tanta relevancia y trascendencia en el mundo del derecho. En efecto, la jurisprudencia presentada en la tesis, ha demostrado que, aun cuando existiera algún reparo formalista a la posibilidad de inferir inductivamente la idea de principio como mandato de optimización, lo cierto es que la jurisprudencia los concibe como mandatos de optimización, pues cuando los aplica por sobre otros principios no declara inválidos a los principios preteridos, sino solo les otorga una relevancia menor en la resolución del caso.

2.2.2. Segunda objeción: Insuficiencia de enunciados normativos de base para la inducción del principio de protección a la fuente del empleo

La inducción jurídica, como ha sido justificado por Alchourrón y Bulygin, es un procedimiento lógicamente válido si el número de los casos inspeccionados desde los cuales se infiere el universal o el caso genérico, es limitado. Esta condición la cumple el derecho positivo, material de base de la inducción jurídica, porque al ser una obra del hombre, su número no puede ser sino finito. A esto se refería Soler, cuando hablaba de la finitud lógica del sistema⁴⁶⁸.

La reconstrucción del sistema jurídico o si se prefiere, la inducción de los principios implícitos de aquel, supondría por tanto una revisión de todos los casos y/o enunciados normativos (al menos y para ser precisos, bajo el concepto de sistema normativo propuesto por Alchourrón y Bulygin⁴⁶⁹).

Por consiguiente, una objeción que se le podría formular a nuestra tesis, y quizás partiendo desde una interpretación de las tesis analíticas de Alchourrón y Bulygin, es que, si no prueba que haya inspeccionado todos los enunciados normativos del ordenamiento jurídico laboral, ergo, la inducción del principio de protección a la fuente del empleo no está plenamente garantizada.

Esta objeción es interesante. Y a continuación procederemos a su estudio:

⁴⁶⁸ ALCHOURRÓN E., Carlos y BULYGIN, Eugenio. "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", *op. cit.*, □132.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pp. □107.

2.2.2.1. Primero que nada, es conveniente tener presente que en nuestra tesis hemos revisado un número considerable de enunciados normativos que, a nuestro juicio, cubre gran parte de las normas pertinentes.

En efecto, recordemos que en el proceso de sistematización se han tenido presentes las siguientes normas, a saber: a) CPR: artículos 1°, 9° y 19 N° Tratado de Versalles; Constitución de la OIT; Declaración de Filadelfia; Convenio N° 122, “sobre política de empleo” de la OIT, Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea; Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y c) Leyes: Código del Trabajo, artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7°, 8°, 9°, 12°, 22°, 24°, 29°, 32°; 38°; 39°; 40° bis a 40 bis D; 46° a 52°; 63° bis; 76°, 308°, 317° incisos segundo, tercero y cuarto; 322° inciso segundo; 329° inciso primero; 334° a 343°; 347° inciso primero; 348° inciso segundo; 363°; 369°; 375°; 380°, 381°, 425°, 459 N° 5, 506°, 506° bis y 506° ter.

2.2.2.2. En segundo término, aun cuando el universo de normas de base utilizadas en la inferencia no llegare a representar el 100% de las posibles de distinguir, pero aceptando al mismo tiempo que de ellas se induce correctamente la norma principio de protección a la fuente del empleo, la aparición de otras normas de base (a favor del principio) para la inducción, contribuirían, ciertamente, a reforzar o completar la inducción, pero no a negarla; motivo por el cual la circunstancia que las normas de base no llegaren a representar el 100%, en ningún caso, bajo criterios formalistas, puede ser una objeción con el suficiente poder argumentativo como para contrarrestar nuestra tesis, puesto que si una revisión exhaustiva descubre la existencia de otras normas a favor de la tesis, aquello más que a negarla, contribuye a reafirmarla.

En efecto, para inducir un principio de los enunciados normativos, no se requiere la revisión exhaustiva del ciento por ciento de los enunciados positivos en los cuales podría estar puesto implícitamente, sino solo justificar el conjunto que se estima adecuado para la inferencia. El descubrimiento de nuevos enunciados de base, opera así en el discurso jurídico dogmático, en conjunto con otros factores, como elemento de comprobación, que contribuye a seguir manteniendo la tesis, pero no a descartarla, porque evidentemente aporta nuevas pruebas y/o argumentos a su favor.

Analíticamente, la tesis podría ser desvirtuada si se le opusiere un conjunto sistemático

de enunciados normativos cuantitativa y cualitativamente similares, de los cuales se infiera la negación del principio de protección a la fuente del empleo.

2.2.2.3. Pero más allá de lo precedentemente esbozado, la hipotética objeción formalista no repararía en la circunstancia práctica relativa a que la derivación, extracción, inducción, comprobación o inferencia de los enunciados jurídicos (en nuestro caso, del principio de protección a la fuente del empleo) no es un asunto puramente lógico o empírico; pues como sobre lo mismo han observado Alchourrón y Bulygin, tanto el racionalismo o formalismo y así el empirismo o realismo, siendo tendencias opuestas, son “igualmente deformantes”, lo cual no significa desconocer o menospreciar la importancia de los problemas lógicos o de los empíricos⁴⁷⁰, sino solo darles su justa medida sin olvidar que la dogmática jurídica, finalmente, es una disciplina argumentativa, cuyos resultados están más cerca de lo probable que de lo apodíctico, en donde se persigue la persuasión, y en donde, los parámetros meramente formales, de verdad o falsedad, muchas veces son relativizados por las reglas de la experiencia, por el uso de la analogía en el razonamiento jurídico, o más en general, de la tópica y de los procedimientos revelados por las denominadas teorías de la argumentación jurídica⁴⁷¹.

Por consiguiente, pensamos que la objeción formalista que podría esgrimirse en contra de nuestra tesis, debería ceder o neutralizarse frente a una concepción argumentativa de la dogmática jurídica, que posibilita la inferencia del principio de protección a la fuente del empleo, no como una verdad lógica pura, sino como una propuesta argumentativa de reconstrucción sistemática del ordenamiento jurídico laboral, a la luz de sus fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias. Porque, y como ha escrito el ilustre iuslaboralista español Alfredo Montoya Melgar, “conviene transmitir la convicción de que es más propio del razonar jurídico el persuadir que el demostrar, y que la lógica del derecho es, más que una lógica matemáticamente exacta, una modesta lógica de lo razonable, en la frase de Recaséns Siches”⁴⁷².

2.2.3. Tercera objeción: superación histórica de la distinción reglas y principios

⁴⁷⁰ ALCHOURRÓN E., Carlos y BULYGIN, Eugenio. “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, *op. cit.*, □112.

⁴⁷¹ ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica”, *op. cit.*, □43 y ss.

⁴⁷² MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Derecho y Trabajo”. Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. □97.

Una tercera objeción dogmática que podría esgrimirse en contra de nuestra tesis es que la adjudicación por principios promueve la inseguridad jurídica o, más radicalmente como ha fundamentado Atria, a propósito de la adjudicación constitucional y el neoconstitucionalismo, “la disolución del derecho”⁴⁷³.

Recientemente, en el contexto de un Seminario sobre Principios Jurídicos, organizado por la Universidad Alberto Hurtado, Atria ha vuelto a presentar su objeción. En efecto, luego de una sutil revisión de la discusión Dworkin v. Hart, ha sostenido que la distinción entre reglas y principios “supone una comprensión inaceptablemente tosca de las reglas”⁴⁷⁴, que pudo ser útil en 1967, fecha de publicación del influyente trabajo de Dworkin “El Modelo de las Reglas”, cuando el paradigma era el positivismo hartiano de “El Concepto de Derecho”.

No podemos detenernos aquí en las complejas distinciones que Atria realiza para los efectos de poner en perspectiva analítica las tesis de Dworkin y Hart, y muy en especial la que él denomina tesis implícita del capítulo VII de “El Concepto de Derecho”, a propósito de la textura abierta del derecho y de su futilidad en tanto “vía media” entre el formalismo y el escepticismo, puesto que, según Atria, en alguna página del capítulo VII, Hart expresaría la idea de conexión interna entre escepticismo y formalismo, cuando señala que “el escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado”⁴⁷⁵.

Si bien es cierto que la tesis de Atria está puesta en el contexto de una crítica a la justicia constitucional y el neoconstitucionalismo, y no en el dominio de lo propiamente legal y, en particular, del Derecho del Trabajo, nos ha parecido sin embargo interesante mencionarla por cuanto introduce la idea general de la disolución del derecho cuando se adjudica en función de principios, cuestión que interesa dilucidar en el marco conceptual de nuestra tesis, en el sentido si tal idea de la disolución del derecho por adjudicación principal, podría también ser acogida en el dominio jurídico laboral, toda vez que nuestra tesis postula la existencia de un nuevo principio del Derecho del Trabajo.

⁴⁷³ ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Lo que importa de los principios”, en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores). “Principios jurídicos. Análisis y crítica”. Santiago, Universidad Alberto Hurtado/AbeledoPerrot-LegalPublishing-Thomson Reuters, 2011, p. 170. Una completa revisión de la evolución y desarrollo de la tesis de Atria, puede ser consultada en: ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado”, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁷⁴ ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Lo que importa de los principios”, en: CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores). “Principios jurídicos. Análisis y crítica”. Santiago, Universidad Alberto Hurtado/AbeledoPerrot-LegalPublishing-Thomson Reuters, 2011, pp. 68.

⁴⁷⁵ ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Lo que importa de los principios”, *op. cit.*, p. 69.

En concreto, estimamos un paso crítico necesario responder las preguntas u objeciones que, eventualmente, podrían ser formuladas desde la tesis que afirma la disolución del Derecho del Trabajo cuando se adjudica principalmente en función de principios.

Las preguntas que intentaremos responder son las siguientes: ¿La adjudicación a través de principios jurídicos laborales promueve o ha promovido la disolución del Derecho del Trabajo chileno? ¿La adjudicación de casos a través del principio de protección a la fuente del empleo, podría promover la disolución del Derecho del Trabajo chileno?

2.2.3.1. ¿La adjudicación a través de principios jurídicos laborales: promueve o ha promovido la disolución del ordenamiento jurídico laboral chileno?

Así como es indudable que un sistema puro de principios pone en serios aprietos la seguridad jurídica, puesto que las personas nunca podrán llegar a saber con anticipación sus derechos, ya que siempre deberán concretizarse en la ponderación, también resulta poco satisfactorio un modelo puro de reglas⁴⁷⁶ que, estructuralmente, no puede tener respuesta para todos y cada uno de los casos que genera la realidad jurídica posibilitando lagunas y contradicciones legales⁴⁷⁷.

Previendo tal insuficiencia de un modelo puro de reglas, el artículo 459 del CT, en su inciso N° 5, abre el sistema de principios constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad.

Pero, todo sugiere que, primariamente, el derecho moderno es un orden de reglas, sin las cuales no puede llegar a constituirse como un “espacio políticamente imparcial”⁴⁷⁸. Y es

⁴⁷⁶ Sobre los modelos puros de principios y de las reglas, y sobre el modelo de principios y reglas, v. ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁷⁷ Al respecto, dice Hart: “Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y estas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ellos mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución a todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica “mecánica”. Hart, “El concepto de derecho”, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁷⁸ ATRIA LEMAITRE, Fernando. “Lo que importa de los principios”, *op. cit.*, p. 74.

necesario para la estabilidad democrática de la sociedad que así sea.

Por consiguiente, la tesis que una adjudicación realizada preponderantemente por principios puede incidir en la disolución del derecho nos parece razonable, lo cual, sin embargo, no contradice lo afirmado en nuestra tesis.

La tesis postula que el ordenamiento jurídico laboral es un orden complejo, ya que se compone de dos tipos de normas jurídicas, a saber: reglas y principios, en donde los principios son extraídos del conjunto de los enunciados normativos del ordenamiento, y en donde los principios han sido aplicados excepcionalmente, en casos difíciles.

La revisión jurisprudencial que hemos efectuado del ordenamiento jurídico laboral, demuestra que tal concepción ha sido acogida, puesto que la aplicación de principios jurídicos laborales en ningún caso ha significado el reconocimiento o la comprensión por parte de la CS o de la doctrina, del ordenamiento jurídico laboral como un sistema o modelo puro de principios, sino el de uno complejo (cuya realidad resulta indesmentible).

Puesto que la aplicación de los principios jurídicos laborales siempre se ha realizado en el contexto comprensivo de un ordenamiento jurídico laboral complejo, es que la aplicación de estos no ha promovido la disolución de tal orden, lo cual por cierto no excluye casos de aplicaciones incorrectas o arbitrarias, pero aquello también ha acontecido cuando se aplican reglas, motivo por el cual no podría decirse que la aplicación de principios, en sí misma, ha sido portadora de potenciales arbitrariedades, entropías o tendencias disolutivas.

La revisión jurisprudencial que hemos efectuado en el capítulo I de la tesis, demuestra que la aplicación de los principios jurídicos laborales ha contribuido a la consolidación del ordenamiento jurídico laboral en su dimensión histórica de protección al trabajador. Los principios han sido inferidos de las reglas del derecho positivo, esto es, han sido fruto de una reconstrucción sistemática jurisprudencial. Por otra parte, la adjudicación predominante de casos, ciertamente que no ha sido vía principios. Los principios han sido aplicados en casos difíciles o penumbrales, en donde las reglas, por sí mismas, no han sido capaces de ofrecer una solución armónica en función de los fines del ordenamiento, dada la dinámica altamente contingente de la realidad jurídica laboral.

Reiteramos, los principios jurídicos laborales en su gran mayoría han sido el resultado de una reconstrucción sistemática del ordenamiento jurídico laboral. Se trata de principios

laborales implícitos, cuyo sentido ha sido inferido de las reglas jurídicas positivas del ordenamiento, lo cual relativiza o neutraliza cualquier intento por impregnarlos de manera dominante con nuestra propias convicciones, creencias o concepciones políticas o ideológicas (que sería el peligro que Atria distingue para la adjudicación constitucional por principios, puesto que estos, al tener básicamente las estructuras de conceptos, posibilitan que en su concretización los irradiemos con nuestras propias concepciones, colapsando y confundiendo de esta forma el derecho que es y ha sido puesto democráticamente, por aquel que deseamos que sea).

2.2.3.2. ¿La adjudicación de casos a través del principio de protección a la fuente del empleo, podría promover la disolución del Derecho del Trabajo chileno?

El principio de protección a la fuente del empleo ha sido inducido de las reglas del ordenamiento jurídico positivo en constante diálogo con la jurisprudencia y la doctrina. Puesto que ha sido inducido de la forma indicada, es que tiene la potencialidad para promover la integridad del Derecho del Trabajo, y no su disolución. Al sintetizar normativamente el sentido de las regulaciones jurídicas laborales, colabora a la comprensión del ordenamiento y, por esta vía, a la mantención de su unidad.

Si se demostrara que la protección de la fuente del empleo no es un fin presente en las regulaciones positivas laborales, entonces podría dudarse del efecto integrador del principio descubierto.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EN EL DERECHO COMPARADO DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO

Esta sección la iniciaremos con una breve referencia a los orígenes históricos del principio de protección a la fuente del empleo en relación a la función estabilizadora de la sociedad capitalista que cumple el Derecho del Trabajo. Asimismo, la revisión de algunos antecedentes del principio de protección a la fuente del empleo en el derecho comparado, nos ayudará a reforzar la afirmación de su existencia, por implicación a su universalidad.

3.1. El Derecho del Trabajo como factor estabilizador de la sociedad capitalista

Como ya hemos expuesto existe consenso en la doctrina científica *iustlaboralista* sobre la función de contribución al equilibrio social que desempeña el Derecho del Trabajo en la

sociedad capitalista.

La protección jurídica laboral del trabajador contribuye a la reproducción material e ideológica de la sociedad capitalista, porque al protegerse al trabajador se protegen, a su vez, sus fundamentos económicos, jurídicos e ideológicos: libertad de trabajo, igualdad jurídica, dignidad de la persona, libertad de empresa y derecho de propiedad privada, sin los cuales no podría llegar a constituirse tal clase de sociedad.

En efecto, la regulación de la contratación laboral supone la afirmación y no la negación del modo de producción capitalista, ya que implica necesariamente que la existencia del sujeto jurídico trabajador solo se pueda constituir a partir de la tajante distinción entre él (que no es dueño y/o controlador de los medios de producción y que por eso mismo vende su fuerza de trabajo) y el dueño o controlador de los medios de producción, a saber, el empresario o empleador.

Dicha distinción implica, a su vez, que el ordenamiento jurídico necesariamente ha reconocido la libertad de empresa, de trabajo y de propiedad privada, pues sin esas libertades y derechos básicos, no podrían existir jurídicamente dueños o controladores privados de medios de producción, por una parte, y personas libres con facultades para poder prestar servicios bajo subordinación y dependencia (trabajadores) a otras personas o entes, que utilizan esos servicios para producir bienes y servicios (empleadores).

Es posible distinguir, por tanto, una relación dialéctica entre evolución y desarrollo del Derecho del Trabajo y evolución y desarrollo de la sociedad capitalista. El Derecho del Trabajo, en sus fundamentos sociológicos y jurídicos es una síntesis regulativa entre protección al trabajador y protección a la empresa porque, facultándose a los empresarios a utilizar los servicios bajo subordinación y dependencia de las personas, sin embargo, se les obliga a hacerlo única y exclusivamente en el contexto de un ordenamiento jurídico laboral. Y al hacerlo del modo normado por el ordenamiento jurídico laboral, sus actividades empresariales laborales, por tanto, serán lícitas y gozarán de la protección del Estado de Derecho.

Los derechos y libertades que permiten la libertad de empresa, para poder desarrollarse, tendrán que pagar el costo de la dignificación del trabajo subordinado mediante la creación de derechos mínimos irrenunciables a favor de la persona del trabajador, a efectos de afianzar un camino hacia la igualdad material. El Derecho del Trabajo, por consiguiente, es típicamente

un derecho transaccional que delimita la libertad de trabajo, la libertad de empresa y el derecho de propiedad a cambio de la obtención de otros bienes.

En efecto, la perspectiva transaccional se hace visible porque el costo que debe asumir el empleador para poder ejecutar actividades empresariales utilizando trabajadores, es un conjunto de restricciones a la libertad de empresa y al derecho de propiedad. Es una transacción social e institucional, porque el valor de cambio de un bien jurídico es la restricción de otro. Se cambia un bien, por tanto, para obtener otro. Dicha transacción contribuye al equilibrio del sistema capitalista, pues las expectativas de los actores de la relación jurídica laboral se expresan normativamente con un cierto nivel de legitimidad, lo cual permitirá el desenvolvimiento productivo y el bien común.

Uno de los autores hispanoamericanos que, a nuestro juicio, mejor ha expuesto estas nociones de sociología jurídica laboral, nos referimos a José Luis Monereo Pérez⁴⁷⁹, al respecto, ha escrito: “El principio de libre empresa en el marco del sistema de economía social de mercado actúa como condicionante económico del Derecho del Trabajo, pues si bien el Derecho del Trabajo procura conseguir todo lo que es deseable socialmente, no puede realizar más que lo que es posible económicamente”⁴⁸⁰.

En efecto, “La constatada naturaleza esencialmente contradictoria del Derecho del Trabajo como técnica específica de organización y conservación del régimen social establecido encuentra su proyección en el propio ordenamiento positivo y en los principios fundamentales que lo informan (.) En esta delimitación de la función que tiene encomendada nuestra disciplina en el conjunto del ordenamiento jurídico adquiere una importancia extraordinaria la consideración de los principios socioeconómicos fundamentales subyacentes y determinantes del ordenamiento laboral (.) En el ámbito de la política del derecho es sabido que en un plano de pura racionalidad política y económica el principio de protección (de tutela) del trabajador encuentra su límite intrínseco en el contexto del sistema vigente en la protección del sistema económico: del principio de rendimiento y de productividad, es decir,

⁴⁷⁹ Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Granada, España.

⁴⁸⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis. “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. □34. Otro estudio s
perspectiva sociológica jurídica que incorpora puede ser considerado, es el que en 1980 publicó el reconocido *iuslaboralista* Manuel Carlos Palomeque López, v. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. “Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923). Madrid, Editorial Tecnos, 6ª ~~edición~~, 2002, pp. □19

que la mejora de las condiciones de trabajo encuentra un límite objetivo: no puede anular la capacidad de funcionamiento y por consiguiente de supervivencia del propio modo de producción capitalista (.). De esta apreciación que la realidad del sistema capitalista nos ofrece se infiere la existencia contradictoria (en permanente contraposición dialéctica) entre dos grandes principios que vienen a caracterizar al Derecho del Trabajo informando sus instituciones e inspirando y condicionando a los verdaderos principios aplicativos e interpretativos de sus normas jurídicas. Tales principios básicos son, por simplificar, reconducibles a dos: el principio de protección del trabajador (el *favor laboratoris* que, entronizado en el Derecho del Trabajo, determina el carácter tuitivo del mismo) y el principio de libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado (principio este que en no poca medida se corresponde con el conocido principio de conservación y rendimiento de la empresa) que tutela el interés del empleador al condicionar económicamente el alcance del principio de protección”⁴⁸¹.

A continuación revisaremos algunos aspectos jurídicos comparativos de estas consideraciones, con una referencia general a la Unión Europea (UE) y en forma particular a España y Alemania.

3.2. La Unión Europea y el concepto de flexiseguridad (y/o flexiguridad)

Es posible establecer una relación directa entre flexiseguridad y principio de protección a la fuente del empleo. La fundamentación de esta idea es la siguiente:

El fin de los treinta años gloriosos de crecimiento y desarrollo económico del capitalismo europeo (1945-1973) y el comienzo de la crisis del Estado de Bienestar, en el contexto del postfordismo⁴⁸², la revolución tecnológica y la globalización de la economía, han

⁴⁸¹ MONEREO PÉREZ, José Luis. “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. □30.

⁴⁸² Desde un punto de vista sociológico, hoy comienza a hablarse de postfordismo. En la búsqueda de una nueva categoría que dé cuenta de los cambios en las formas de organización productiva de la sociedad, se han propuesto términos tales como “Especialización Flexible” (Piore & Sabel), “Nuevos Conceptos de Producción” (Kern & Schumann), “Lean Production” (Womack, Jones & Roos), “Toyotismo” (Dohse, Jurgens & Malsch), “Antropocentric Production Systems (Charles), “After Fordism” (Boyer & Durant), “Producción Masiva Flexible” (Coriat), “Diversified Quality Production” (Streeck). Con todo, en esta tesis seguimos la propuesta conceptual de Ramos Zincke, en cuanto a utilizar el término “postfordismo” para referir el modelo de producción que estaría superando al fordismo y cuyas características principales serían: adaptabilidad estratégica, flexibilidad organizativa, calificación y pleno uso de las capacidades humanas, reflexibilidad organizacional, redes de empresas; uso intensivo de tecnologías de la información y comunicación; intensificación y extensión del trabajo; incertidumbre y reducción del empleo estable, y debilitamiento de la estructura sindical (RAMOS ZINCKE, Claudio. “La transformación de la

propiciado en la UE una especial preocupación jurídica laboral por el empleo, la competitividad de la empresa y la adaptabilidad o flexibilidad del Derecho del Trabajo a esos cambios⁴⁸³.

En los inicios del siglo XXI, Europa desarrolla institucionalmente una nueva estrategia de estabilización laboral para hacer frente a las complejidades socioeconómicas del mundo post-industrial, una de cuyas características más insidiosas es el desempleo estructural: estado de cosas precursor de la injusticia social y, por tanto, del quebrantamiento de la paz.

La Estrategia Europea del Empleo (EEE) puede resumirse del siguiente modo: a) queremos la paz y la estabilidad en nuestras sociedades modeladas como economías sociales de mercado; b) el pleno empleo es una condición necesaria de la paz y la estabilidad; c) las empresas son las que generan el empleo; d) para que las empresas puedan mantener y generar puestos de trabajo en óptimas condiciones económicas y jurídicas, se precisa de un Derecho del Trabajo que incentive tales finalidades, mediante una normativa jurídica que le otorgue a las empresas las herramientas necesarias para que puedan adaptar rápidamente las condiciones de trabajo a los requerimientos de la competitividad; d) sin por ello desproteger a los trabajadores, a quienes les vamos a asegurar una rápida inserción en el mercado de trabajo, mediante políticas activas de empleo y una adecuada red de protección social (políticas pasivas de empleo).

empresa chilena”, *op. cit.*, pueden consultarse los clásicos: HYMAN, Richard y STREECK, Wolfgang (comps). “Nuevas tecnologías y relaciones industriales”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción Elvira Cortés Pizano, 1993; SAYER, Andrew y WALKER, Richard. “La nueva economía social. Reelaboración de la división del trabajo”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción Emilio Gimeno Reinoso, 1994. Otras reconstrucciones más recientes que pueden ser consultadas: SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María. “Trabajo, empleo y cambio social”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; LETAMENDIA, Francisco. “Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo”. Madrid, Tecnos, 2009. Para una perspectiva y proyección sociológica global de los cambios: CASTELLS, Manuel. “La era de la información. Economía Sociedad y Cultura”. México, Siglo XXI Editores, 3 tomos, 7ª reimp., traducción del original en inglés por Carmen Martínez Gimeno, 2008.

□17). Para una visi

□XXI

⁴⁸³ La bibliografía sobre flexibilidad laboral muestra que, básicamente, ha sido una discusión más cercana a discursos sociológicos, ideológicos y de política laboral, que propiamente jurídicos. No está de más insistir que el foco de nuestra tesis está centrado en el análisis dogmático del ordenamiento jurídico laboral chileno, en donde el tema de la flexibilidad aparece como una discusión externa al ordenamiento, motivo por el cual solo muy incidentalmente la hemos considerado en nuestras argumentaciones. Finalmente, es interesante tener presente que, siendo básicamente una discusión de las postrimerías del siglo XX, hoy por hoy, está siendo superada en Europa por otras estrategias discursivas como son las de la flexiseguridad. En el pasado tuvimos la oportunidad de estudiar en el tema de la flexibilidad laboral desde una perspectiva socio-jurídica, v. LÓPEZ ONETO, Marcos Eduardo. “La flexibilidad laboral chilena como adaptación estructural del sistema jurídico laboral al entorno mediante la generación del principio de protección de la fuente del empleo”, tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999.

Se trata de una ecuación difícil y de términos contradictorios que postula un Derecho del Trabajo portador de una nueva transacción, a saber: reducción de la protección del trabajador dentro de la relación jurídica laboral (flexibilidad de salida e interna, por ejemplo) a cambio de una mejora sustancial de la protección a los trabajadores en el desempleo, concretizable en: capacitación permanente y formación profesional continua; importantes subsidios al desempleo para financiar las necesidades derivadas de la transición entre dos empleos; creación de políticas de reinserción laboral y otros aportes estatales para la mantención óptima de los trabajadores desempleados.

A este modelo, genéricamente, se le conoce con el nombre de flexiseguridad (y/o flexiguridad; *flexicurity*, en inglés) y es parte de la política de empleo comunitaria de la UE.

Sin pretender una reconstrucción normativa completa, sino solo con el propósito de fijar algunos hitos esenciales en la institucionalización de la flexiguridad a efectos de mostrar la importancia del tema, conviene que primeramente tengamos presente que el Título IX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) regula la política de empleo comunitaria. En el artículo

□145 se establece

se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo

⁴⁸⁴□3 del Tratado de la Unión E

La estrategia coordinada de empleo que, por mandato del artículo □145 del TFUE deben hacer los Estados Miembros, se manifiesta finalmente, según regula el artículo □148 de TFUE, en orientaciones o directrices que el Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, elabora anualmente. Los Estados miembros deben elaborar informes anuales al Consejo y a la Comisión sobre las medidas adoptadas para aplicar la política de empleo y así mostrar cómo hace efectiva la coordinación de la política de empleo. Asimismo el Parlamento y el Consejo tienen facultades para adoptar medidas de fomento el empleo. Porque además, la UE y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales

⁴⁸⁴ DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>> [consulta 27 febrero 2012].

fundamentales de los trabajadores, de 1989, tienen como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones⁴⁸⁵.

Una de las primeras directrices sobre política de empleo del Consejo es de 1998, en cuya orientación N°

□3 propone fom

a los cambios económicos. Por su parte las orientaciones para el empleo del año 2003 propusieron a los Estados Miembros mejorar la calidad y la productividad del trabajo y perseguir la flexibilidad y la seguridad y la movilidad en el mercado de trabajo. En las orientaciones para el empleo del año 2005, el Consejo insta a los Estados Miembros a promover la flexibilidad combinada con la seguridad en el empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo, prestando la debida atención al papel de los interlocutores sociales, mediante: la adaptación de la legislación sobre empleo, revisando en su caso diferentes modalidades contractuales y las disposiciones relativas al tiempo de trabajo; así como otras medidas, referidas al trabajo no declarado, anticipación y gestión positiva de cambios, métodos de organización de trabajo adaptables e innovadores, y facilitación de transiciones en materia de categoría profesional⁴⁸⁶.

Entre el período 2005-2010 el Consejo reitera las orientaciones y directrices que entregó para el año 2005, utilizando expresamente en las orientaciones del año 2008 el término flexiguridad, para referir el objetivo de promoción de la flexibilidad combinada con seguridad en el empleo⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ V. Artículos 145 a 161 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, correspondientes al Título IX, EMPLEO, Artículo X, POLÍTICA SOCIAL.

⁴⁸⁶ RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. “La flexiguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria”. *Actualidad Laboral* (20): 2439, noviembre de 2009. Para completa visión del derecho social comunitario, v. CRUZ VILLALÓN, Jesús. “El ordenamiento laboral en la Constitución Europea” *en*: ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GARRIDO MAYOR, Vicente (directores). “Comentarios a la Constitución Europea. Libro II Los derechos y las libertades”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1999; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea”. Madrid, Civitas, 1994.

⁴⁸⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. “La flexiguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria”, *op. cit.*, en línea *en*: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/em0007es.htm [consulta 3 enero 2012].

□2441. La normati

Las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo, por su parte, destacan la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo.

El diálogo social también desempeña un papel fundamental en la búsqueda de soluciones colectivas o a nivel de empresas, para permitir a los trabajadores “integrados” y a los “periféricos” efectuar con éxito las transiciones entre las distintas situaciones laborales y ayudar a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones industriales.

Otros instrumentos comunitarios en donde se desarrolla y profundiza conceptualmente la idea de flexiguridad son:

- a) Un Libro Verde, intitulado “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (COM <2006> 708 final), cuyo propósito “es plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho Laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos. La modernización del Derecho Laboral constituye un elemento clave para el éxito de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas”⁴⁸⁸;
- b) Una comunicación de la Comisión del año 2007 titulada “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante flexibilidad y la seguridad”, en la cual se define el concepto de flexiguridad como “una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo”, cuyos ejes de actuación son: disposiciones contractuales flexibles y fiables, estrategias globales de aprendizaje permanente, políticas activas de mercado laboral eficaces y sistemas de seguridad modernos⁴⁸⁹, y
- c) Una resolución del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2007, que formula la siguiente definición de flexiseguridad: “(47) combinación de la flexibilidad y de la seguridad en el mercado laboral, que contribuye a aumentar tanto la productividad

⁴⁸⁸ DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0708es01.pdf> [consulta: 27 febrero 2012].

⁴⁸⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. “La flexiguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria”, *op. cit.*, □2445.

como la calidad de los puestos de trabajo garantizando la seguridad y permitiendo al mismo tiempo a la empresas la flexibilidad necesaria para crear puestos de trabajo en respuesta a las necesidades cambiantes del mercado. Considera que los requisitos de flexibilidad y seguridad no son contradictorios entre sí sino que por el contrario se refuerzan mutuamente”⁴⁹⁰. Y que considera: “(8) que un Derecho Laboral que aspire a estar a la altura de los retos del siglo XXI debe concentrarse en amplia medida en el afianzamiento del empleo a lo largo de la vida del trabajador más que en la protección de determinados puestos de trabajo y que debe facilitar tanto la integración en el mundo del trabajo y la estabilidad en el empleo como las transiciones del desempleo al empleo y de un trabajo a otro mediante la aplicación de políticas laborales activas, centradas tanto en el desarrollo de capital humano para aumentar las posibilidades de encontrar empleo como en un entorno favorable para la actividad económica y en la mejora de la calidad de los empleos”⁴⁹¹.

No está de más recordar que la puesta en circulación teórica del término flexiseguridad es atribuida generalmente al sociólogo holandés Hans Adriaansens, quien lo diseña para referir “el conjunto de políticas capaces de conciliar las medidas de flexibilidad que se habían introducido de manera asistemática y desordenada en la década de los años 80, con acciones de seguridad, cuyos beneficiarios habrían de ser, precisamente, los trabajadores afectados (...) Sin ofrecer una definición cerrada, Adriaansens vincula el concepto y la práctica de la flexiseguridad con fórmulas de tránsito de un sistema de seguridad en el puesto de trabajo a otro de seguridad en el empleo, facilitada esta por un mejorado sistema de protección social”⁴⁹².

Otros aportes en la historia del desarrollo teórico de la flexiseguridad son los del sociólogo, también holandés, Ton Wilthagen, quien propone comprender conceptualmente la flexiseguridad como una “estrategia política que persigue, de manera sincronizada y deliberada, fortalecer, de un lado, la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales y, de otro, la seguridad, tanto en el ámbito del empleo como

⁴⁹⁰ PARLAMENTO EUROPEO, [en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES>> [consulta: 27 febrero 2012].

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Flexiseguridad y mercado de trabajo”. *Relaciones Laborales* (9):8, mayo 2010.

en el de la protección social, a favor de los trabajadores, señaladamente de los trabajadores pertenecientes a grupos vulnerables dentro y fuera del mercado de trabajo”⁴⁹³.

Posteriormente Wilthagen va corregido su modelo, pues la realidad ha demostrado que los procesos de flexiseguridad más que operar sincronizadamente, han sido fruto de luchas y transacciones políticas. Además, la comparación de los dos modelos de flexiseguridad más conocidos, el holandés y el danés, son bastante opuestos. Así el holandés exhibe una muy alta rigidez en materia de despidos, cuestión diametralmente opuesta a la danesa. O bien, siendo las prestaciones al desempleo en Dinamarca generosas, en Holanda en cambio, se han restringido para no desincentivar la búsqueda de empleo de los cesantes. Todo esto impide la formulación de una teoría que modele la flexiseguridad como un conjunto definido de reglas, cuestión que inducirá a Wilthagen a reubicar su concepto de flexiseguridad en la teoría de los mercados transicionales⁴⁹⁴, “que se ocupa de las transiciones entre el mercado de trabajo y los variados sistemas sociales (educación, formación, desempleo, sistema de pensiones o cargas familiares)”⁴⁹⁵.

En la doctrina *iuslaboralista* española, que la mencionamos por ser muy influyente en Chile, hay diversas opiniones sobre la flexiseguridad.

Así por ejemplo, Monereo Pérez distingue entre una flexiseguridad neoliberal y una garantista o democrática social, según el énfasis de las políticas jurídicas se ponga en la flexibilidad o en la seguridad⁴⁹⁶. Incliniéndose por esta segunda alternativa, Monereo Pérez propone una flexiseguridad ofensiva garantista y democrática social “mediante la potenciación de la negociación colectiva de la crisis económica y de los procesos de reestructuración permanente a través de la predisposición de “normas medida” de origen

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁹⁴ Un interesante artículo sobre teorías transicionales, v. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel. “Editorial. Las transiciones en el mercado de trabajo”. *Relaciones Laborales* (13): 1-11, 2010.

⁴⁹⁵ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Flexiseguridad y mercado de trabajo”. *Relaciones Laborales* (9): 9, mayo 2010.

⁴⁹⁶ MONEREO PÉREZ, José Luis. “La política europea de modernización del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”. *Revista de Derecho Social* (48): 13-38, octubre-diciembre, 2009. Otro estudio: MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. “Para una crítica del modelo de flexiseguridad liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social” (primera parte). *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral* (206): 9-35, 2008; (segunda parte) *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral* (208): 9-20, 2008.

convencional y legal”⁴⁹⁷.

Valdés Dal-Ré, a su vez, ha señalado que “la flexiseguridad no es, como de manera interesadamente ideológica en ocasiones se presenta, un mecanismo de reducción de los derechos de los trabajadores o, más en general, de reducción de costes laborales para mejorar la competitividad de las empresas europeas. Es o debiera aspirar a ser una estrategia compleja de conciliación de la seguridad en el empleo y en las rentas de las personas con un arco flexible en el mercado de trabajo y en la organización de trabajo, guiada, como objetivo final, a garantizar la decencia y dignidad en el trabajo”⁴⁹⁸.

3.2.1. Relación entre la flexiseguridad y el principio de protección al empleo

El principio de protección a la fuente del empleo no se encuentra formulado expresamente en el Derecho Social y Laboral Europeo. Sin embargo, estimamos que es posible establecer una relación entre aquel y la flexiseguridad, puesto que esta última también busca optimizar la protección a la fuente de los empleos por la vía de conferir derechos de adaptación a las empresas para que estas enfrenten las contingencias del mundo económico.

En efecto, hemos presentado entre otros antecedentes, que el Parlamento Europeo ha dicho que una combinación de la flexibilidad y de la seguridad en el mercado laboral, contribuye a aumentar tanto la productividad como la calidad de los puestos de trabajo garantizando la seguridad y permitiendo al mismo tiempo a las empresas la flexibilidad necesaria para crear puestos de trabajo en respuesta a las necesidades cambiantes del mercado. También considera que los requisitos de flexibilidad y seguridad no son contradictorios entre sí sino que por el contrario se refuerzan mutuamente⁴⁹⁹. “Un Derecho Laboral que aspire a estar a la altura de los retos del siglo XXI debe concentrarse en una amplia medida en el afianzamiento del empleo a lo largo de la vida del trabajador más que en la protección de determinados puestos de trabajo; debiendo facilitar tanto la integración en el mundo del trabajo y la estabilidad en el empleo como las transiciones del desempleo al

⁴⁹⁷ MONEREO PÉREZ, José Luis. “La política europea de modernización del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, *op. cit.*, p. 333

⁴⁹⁸ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Editorial. El debate de flexiseguridad en la Unión Europea (y II)”. *Relaciones Laborales* (12): 8, 23 junio 2010.

⁴⁹⁹ PARLAMENTO EUROPEO, [en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES>> [consulta: 27 febrero 2012].

empleo y de un trabajo a otro mediante la aplicación de políticas laborales activas, centradas tanto en el desarrollo de capital humano para aumentar las posibilidades de encontrar empleo como en un entorno favorable para la actividad económica y en la mejora de la calidad de los empleos”⁵⁰⁰.

Si pudiera resumirse en unas pocas palabras la finalidad de las políticas jurídicas de flexiseguridad que, institucionalmente promueve la UE, aquellas podrían ser las siguientes: mantención de la estabilidad del modelo jurídico social y económico de bienestar (altamente afectado). Para ello debe, necesariamente, armonizarse protección al trabajador y protección a la empresa. Si la empresa no tiene las herramientas legales para adaptarse elástica y rápidamente a las contingencias sociales del mundo posindustrial, se verá enfrentada al riesgo de desaparecer (incluidos, por cierto, los empleos que entrega al modelo). Pero si, por otra parte, en aras a conseguir la tan ansiada adaptabilidad, se desprotege a los trabajadores y se los re-mercantiliza, se crean condiciones para la inestabilidad social, producto de la desigualdad que tal orden de cosas promueve.

Comparativamente y en síntesis, las estrategias de flexiseguridad europeas comparten con el principio de protección a la fuente del empleo distinguido en el ordenamiento jurídico laboral chileno, el reconocimiento de la necesidad de optimizar la protección laboral a la empresa y el empleo, sin desproteger al trabajador.

3.3. España: principio de rendimiento y Derecho del Empleo

En el Derecho del Trabajo español existen importantes antecedentes normativos que se relacionan directamente con el principio de protección a la fuente del empleo. Estamos pensando básicamente el principio jurídico laboral de rendimiento o productividad, y el denominado Derecho del Empleo.

3.3.1. Principio de rendimiento o de productividad

En el Derecho del Trabajo español existe la comprensión de la naturaleza esencialmente contradictoria del Derecho del Trabajo, como técnica específica de organización y conservación del régimen social establecido mediante la institucionalización del conflicto entre capital y trabajo, por la articulación de un equilibrio entre protección a los trabajadores

⁵⁰⁰ *Ibidem.*

y a las empresas.

Así es como se ha dicho en una interpretación muy actual, que “el principio de protección (de tutela) del trabajador encuentra su límite intrínseco en el contexto del sistema vigente en la protección del sistema económico: del principio de rendimiento y de productividad, es decir, que la mejora de las condiciones de trabajo encuentra un límite objetivo: no puede anular la capacidad de funcionamiento y por consiguiente de supervivencia del propio modo de producción capitalista (.). De esta apreciación que la realidad del sistema capitalista nos ofrece se infiere la existencia contradictoria (en permanente contraposición dialéctica) entre dos grandes principios que vienen a caracterizar al Derecho del Trabajo informando sus instituciones e inspirando y condicionando a los verdaderos principios aplicativos e interpretativos de sus normas jurídicas. Tales principios básicos son, por simplificar, reconducibles a dos: el principio de protección del trabajador (el *favor laboratoris* que, entronizado en el Derecho del Trabajo, determina el carácter tuitivo del mismo) y el principio de libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado (principio este que en no poca medida se corresponde con el conocido principio de conservación y rendimiento de la empresa) que tutela el interés del empleador al condicionar económicamente el alcance del principio de protección”⁵⁰¹.

El principio de rendimiento ya había sido considerado en sus reflexiones, por el maestro de los maestros contemporáneos del Derecho del Trabajo español. Nos referimos al profesor Eugenio Pérez Botija, quien lo formula con las siguientes palabras: “En la doctrina extranjera ha venido hablándose del principio de rendimiento como uno de los pilares del nuevo Derecho Laboral. Implica una reacción contra tendencias anteriores que querían favorecer al trabajador, perjudicándolo a la larga. No significa viraje de la política social, sino integración del trabajador en el orden nacional (...) Ya la L.CT de 1931 sancionaba con despido “la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo”. El hombre no solo tiene el deber formal de trabajar, sino que, además, su actividad ha de ser eficaz y productiva, en beneficio del medio social en que viva”⁵⁰².

⁵⁰¹ MONEREO PÉREZ, José Luis. “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. □30.

⁵⁰² PÉREZ BOTIJA, Eugenio. “Curso de Derecho del Trabajo”. Madrid, Editorial Tecnos, 5ª edic., 1957, pp. 888

En el Manual de Derecho del Trabajo escrito por Bayon Chacón y Pérez Botija, se postula que el fin actual del Derecho del Trabajo es doble: a) mejorar las condiciones de trabajo y de vida del trabajador, a cambio que se permita; b) subsistir a la empresa privada, evitando la socialización o estatización de las empresas⁵⁰³.

Recordando la naturaleza contradictoria del Derecho del Trabajo, por cuanto procura conciliar los intereses de los trabajadores con los del capital, también Borrajo se ha referido al principio de rendimiento: “El reflejo en el orden jurídico laboral de esta ideología polivalente y ambigua se concreta –como se ha dicho en Lecciones anteriores– en la aceptación simultánea de los dos principios siguientes: el principio de favor para el trabajador (principio *pro operario*) y principio de favor para el interés nacional (llamado por nuestro maestro PÉREZ BOTIJA, el principio de rendimiento). La Ley N° 11/1994 ha acentuado esta bipolaridad y trata de compaginar, mal que bien, el principio a favor del trabajador individual con el principio de competitividad de la empresa, al ver en esta un agente económico con intereses cuya atención es inevitable para que pueda cumplir su función social”⁵⁰⁴.

Según Borrajo, con ello “el Derecho del Trabajo pasa a ser bidireccional: atenderá al principio pro operario y, a la vez, al principio pro empresa, volviendo, de algún modo, al viejo principio de rendimiento que explicó el profesor PÉREZ BOTIJA”⁵⁰⁵.

Como es sabido, desde 1994 en adelante, el Derecho del Trabajo español ha experimentado cambios importantes con la finalidad de hacer frente a la crisis económica y el desempleo⁵⁰⁶. La

⁵⁰³ BAYON CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio. “Manual de Derecho del Trabajo”. Madrid, Marcial Pons, 1978, p. 27.

⁵⁰⁴ BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 19ª edic., 2010, p. 388.

⁵⁰⁵ BORRAJO DACRUZ, Efrén. “¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?”. *Actualidad Laboral* (34): 549, 19-25 septiembre 1994. Otra perspectiva, pero enfocada desde el punto de vista de los intereses empresariales, en: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBOULT ARANDA, Javier. “La visión del empresario laboral”, en: CAMPS RUIZ, Luis Miguel; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás (coordinadores). “Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 180, 2010.

⁵⁰⁶ Una síntesis de tales cambios, en: MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “El Derecho del Trabajo ante el futuro: problemas y perspectivas”, en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Derecho Laboral del siglo XXI”. Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 831; GARCÍA PAREDES, María Luz. “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo, instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia”. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Derecho Laboral del siglo XXI”. Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 182; TORRES ANDRÉS, Juan Miguel. “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo, instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia”. Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 2079.

última Ley en tal sentido de la que pudimos tomar conocimiento, es la Ley N° 35/2010, reformativa del Estatuto de los Trabajadores y otras leyes laborales, publicada el día sábado 18 de septiembre de 2010 en el Boletín Oficial del Estado, durante la vigencia del gobierno de Rodríguez-Zapatero.

La cita de algunas partes del Preámbulo de la Ley N° 35/2010, nos inmediatamente en el ámbito de sentido jurídico del principio de protección a la fuente del empleo, a saber: “La crisis financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde principios de 2008 ha quebrantado la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía española desde mediados de los años noventa y ha tenido como consecuencia más grave una intensa destrucción de empleo y el consecuente aumento del desempleo (...) Esta reforma tiene como objetivo contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. A estos efectos, se dirige a corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo promoviendo la estabilidad del empleo y a incrementar la flexibilidad interna de las empresas, como aspectos más destacables. De manera más concreta, las medidas incluidas en esta norma se dirigen a lograr tres objetivos fundamentales: Primero, reducir la dualidad de nuestro mercado de laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad, en línea con los requerimientos de un crecimiento más equilibrado y sostenible. Segundo, reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas. Tercero, elevar las oportunidades de las personas desempleadas, con particular atención a los jóvenes, reordenando para ello la política de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral”⁵⁰⁷.

Los fines de la ley son, evidentemente, pro empleo y tienden a la protección de la fuente que lo produce, otorgándole herramientas de adaptabilidad y estímulo.

⁵⁰⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, sábado 18 de septiembre de 2010, pp. 792798 [en línea] <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/09/18/pdfs/BOE-A-2010-14301.pdf>> [consulta 5 enero 2012].

La interpretación contemporánea del principio de rendimiento como principio pro empresa, que hacen tanto Borrajo, Pérez de los Cobos Orihuel y Thibault Aranda, como Monereo Pérez, y que dimana de una acertada e indiscutida comprensión de los fundamentos sociológicos e históricos del Derecho del Trabajo, puede resumirse así: la protección al trabajador no puede conducir a impedir la adaptabilidad de la empresa a los complejos y competitivos mercados del siglo XXI, pues de aquello depende la conservación y mejoramiento de los empleos: bien público esencial para el mantenimiento de la estabilidad y el desarrollo económico social, tanto como la protección del trabajador. La interpretación y aplicación de las normas jurídicas debe considerar que estas son una síntesis normativa entre protección al trabajador y a la empresa, pues la correcta armonización de ambos fines produce el efecto sinérgico de contribuir al desarrollo social.

El Derecho del Trabajo, metafóricamente hablando, representaría una ecuación altamente contingente, en donde las variables protección al trabajador y protección a la empresa mutan constantemente en pos de la paz y la justicia social.

Porque en efecto, el principio pro empresa no debe ser confundido con una suerte de principio de protección al empleador. Se trata de dos instituciones distintas. Se trata de proteger a la empresa, aun a costa de los intereses del empleador o empresario, porque la empresa es una institución fundamental del desarrollo económico, que trasciende los intereses individuales de trabajadores y empleadores.

Conforme a lo expuesto, el principio de protección a la fuente del empleo, cuya afirmación de existencia en el ordenamiento jurídico chileno hemos justificado en esta tesis, reconoce en el principio de rendimiento su arcano más lejano y en la interpretación que de él hacen algunos *iuslaboralistas* españoles contemporáneos, su antecedente doctrinal más próximo en el contexto de la doctrina *iuslaboralista* continental.

3.3.2. Derecho del Empleo⁵⁰⁸

⁵⁰⁸ Escapa a los alcances de esta tesis una descripción completa del denominado Derecho del Empleo, sus diversas vertientes, y particularidades nacionales. Aparte de la perspectiva que reseñamos en esta subsección, existe una que postula la superación del Derecho del Trabajo por el derecho del empleo, entendido este último como un derecho que no solo protegería el trabajo subordinado, sino que, en general, toda clase de prestación de servicios personales o de trabajos. Se trataría de una ampliación de la protección a un círculo de actividades laborales más complejo. Una visión de esta perspectiva, v. RAMÍREZ BOSCO, Luis; SALA FRANCO, Tomás y RASO DELGUE, Juan. "El Derecho del Trabajo, en: ACKERMAN E., Mario (Director) y TOSCA, Diego M. (coordinador) "Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo CulFonía General del Dere
Editores, 2005.

Según si pertenece o no al Derecho del Trabajo, es posible distinguir dos tendencias en materia de Derecho del Empleo en España. Una, lo considera parte Derecho del Trabajo. Esa es la tendencia que encabeza Rodríguez-Piñero Royo⁵⁰⁹. La otra tendencia, por el contrario, postula que el Derecho del Empleo es portador de una autonomía normativa que lo transforma en un derecho distinto, no perteneciente al Derecho del Trabajo, aunque cercano. Esa es la tesis de Molina Hermosilla⁵¹⁰.

Sin perjuicio de los diversos enfoques que existen, estimamos que la relación del principio de protección a la fuente del empleo con el Derecho del Empleo, no resulta tan intensa como sí lo es con el principio de rendimiento.

Como sabemos, el Derecho del Empleo basa su proyecto normativo en las denominadas políticas activas⁵¹¹ y pasivas de empleo.

En el ámbito de las políticas pasivas que, genéricamente, están orientadas a la protección de los trabajadores desempleados, la relación que el Derecho del Empleo tiene con el principio de protección a la fuente del empleo, no es directa.

Es en el complejo campo de las políticas activas de empleo que son puestas en marcha por las normas jurídicas del Derecho del Empleo, en donde es posible establecer una relación más directa con el principio de protección a la fuente del empleo. Porque las políticas activas de empleo, en tanto apuntan al fomento del empleo, pueden ser puestas en conexión con el principio de protección a la fuente del empleo, cuando se concretizan en normas jurídicas de fortalecimiento de la flexibilidad laboral externa (o de entrada), interna y de salida de la

⁵⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (director), CALVO GALLEGOS, F. Javier y MORALES ORTEGA, José Manuel (coordinadores). “Lecciones de Derecho del Empleo”. Madrid, Tecnos, 2ª edic., 2006.

⁵¹⁰ MOLINA HERMOSILLA, Olimpia. “La dimensión jurídica de la política del empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática”. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Premio Tesis Doctoral, 2004.

⁵¹¹ La última normativa española sobre políticas activas de empleo que hemos considerado en nuestra tesis, es el Real Decreto Ley N° 3/2011, de 18 de febrero de 2011, de reforma de las políticas activas de empleo”, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 19 de febrero de 2011. “Artículo 1. *Objetivos de la política de empleo*. Se añaden las letras h) e i), en el artículo 2 de la Ley N° 56/2008, de 16 de diciembre, de Empleo con la siguiente redacción: “h) Proporcionar servicios individualizados a la población activa dirigidos a facilitar su incorporación, permanencia y progreso en el mercado laboral, así como a las empresas para contribuir a la mejora de su competitividad. i) Fomentar la cultura emprendedora y el espíritu empresarial, así como mejorar la atención y acompañamiento a las personas emprendedoras en la puesta en marcha de su iniciativa empresarial”. p. <http://www.boe.es/boe/diarios/2011/02/19/pdfs/BOE-A-2011-3255.pdf>> [consulta 5 enero 2012].

empresa⁵¹².

Dado que la flexibilidad laboral contribuye a la adaptabilidad de la empresa a los cambios y desafíos de la competitividad de los mercados, y dado que dicha adaptabilidad entrega a la empresa, por tanto, herramientas para conservar su existencia en el mercado, es que consideramos que las normas jurídicas que fomentan tal clase de políticas activas de empleo, se relacionan con el principio de protección a la fuente del empleo.

Existe, pues, una relación directa entre principio de protección a la fuente del empleo y normas jurídicas de flexibilidad laboral (pero solo en tanto concreción de políticas activas de empleo).

3.4. Alemania: reducción de jornada de trabajo y protección al trabajador según el tamaño del centro de trabajo

Algunos aspectos del modelo alemán de relaciones laborales⁵¹³ pueden ser vistos como ejemplos de protección a la fuente del empleo. La normativa jurídica laboral sobre reducción de jornada de trabajo para disminuir las tasas de despidos y conservar los empleos, y las normas sobre protección al despido, a nuestro entender, protegen la fuente del empleo.

En efecto, y sintetizando un informe de la OIT y otros antecedentes, convengamos que uno de los principales mecanismos de ajuste utilizados con éxito por las empresas alemanas para hacer frente a la última crisis financiera mundial⁵¹⁴, fue la reducción de las horas de trabajo⁵¹⁵. Entre 2007 y 2009 el promedio de horas de trabajo por trabajador asalariado disminuyó un 3,3 por ciento (8 por ciento en la manufactura). El programa de Alemania de reducción de la jornada laboral (*Kurzarbeit*) fue el medio que más utilizaron las empresas para estabilizar el empleo a través de la disminución de las horas de trabajo. En efecto, del total de

⁵¹² PÉREZ YÁÑEZ, Rosa. "Medidas laborales de política de empleo", en: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (director), CALVO GALLEGOS, F. Javier y MORALES ORTEGA, José Manuel (coordinadores). "Lecciones de Derecho del Empleo". Madrid, Tecnos, 2ª edición, 2006, pp. 413

⁵¹³ Para una visión panorámica, puede consultarse el estudio del Catedrático de la Universidad de Hamburgo y Magistrado del Tribunal Federal del Trabajo Ulrich Zachert, "La estructura de las relaciones laborales en Alemania", disponible: [en línea] <<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2545/1/AD-11-56.pdf>> [consulta 7 enero 2012].

⁵¹⁴ 2007-2008 y que simbólicamente se data su inicio con el anuncio de Bancarrota de Lehman Brothers Holdings, en septiembre de 2008.

⁵¹⁵ FRÖHLICH, Martin. "La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania". Temas Laborales (105): 49-60, 2010.

horas reducidas, un tercio se canalizaron a través del programa. Fue así que a pesar de los fuertes recortes de la producción, los niveles de empleo se mantuvieron relativamente estables, disminuyendo únicamente un 0,2 por ciento en 2009. En las economías adelantadas, que sufrieron una caída del PIB mucho menor, el empleo cayó un 1 por ciento, cinco veces más que en Alemania. La tasa de desempleo, que alcanzó un valor máximo del 8,1 por ciento en febrero de 2009, disminuyó a un 6,6 por ciento a finales de 2010, una de las tasas más bajas de la Unión Europea. Así, el comportamiento del empleo, según los expertos, resultaría, en primer lugar, de los ajustes llevados a cabo en forma de disminución de las horas de trabajo y no de despidos⁵¹⁶.

La reducción de jornada ha sido una eficaz herramienta normativa, que ha cumplido el fin político laboral de dar estabilidad al empleo y a la empresa, guardando, por consiguiente, una relación con nuestro principio de protección a la fuente del empleo.

Por otra parte, las normas sobre protección al despido, también resultan muy interesantes de tener presente en función de nuestro principio de protección a la fuente del empleo.

A diferencia de Derecho del Trabajo chileno, en el Derecho Alemán del trabajo no existe una norma identificable en la estructura de lo que conocemos con el término Código del Trabajo. En su lugar, existen diferentes leyes que regulan cada una de las grandes instituciones del Derecho del Trabajo⁵¹⁷. Entre las más importantes se encuentra la denominada *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG), Ley de Protección contra el Despido⁵¹⁸, que establece el régimen general para proceder a la extinción del contrato de trabajo por parte del empresario, aunque no es la única normativa aplicable en estos casos, ya que también, y como veremos más adelante, existen importantes disposiciones generales en el Código Civil Alemán, el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)⁵¹⁹.

⁵¹⁶ OIT/International Institute for Labour Studies. “Estudios sobre crecimiento con equidad. Alemania. Un enfoque centrado en el empleo”, en: [en línea] <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_153783.pdf> [consulta 6 de enero 2012].

⁵¹⁷ Una revisión pormenorizada en: MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana”. La Coruña, Editorial Netbiblo, 2007.

⁵¹⁸ Una versión en: MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana”, *op. cit.*, p. 1788

⁵¹⁹ V. FRÖHLICH, Martin y VELASCO PORTERO, María Teresa. “El régimen del despido en Alemania: los diferentes niveles de protección del trabajador según el tamaño del centro de trabajo”. Actualidad Laboral (15): 1756-7, septiembre 2010.

Una de las grandes diferencias entre el Derecho del Trabajo alemán y el chileno (y muchos otros, como el español), es la circunstancia que en el derecho alemán del trabajo existe una normativa diferenciada de despido dependiendo del tamaño de la empresa, en términos tales que la protección de los trabajadores de empresas de mayor tamaño es más intensa a la que se aplica a trabajadores de empresas de menor envergadura.

La regla general de protección al despido es el artículo 1156 del Código del Trabajo, al extinguirse la relación laboral es “jurídicamente ineficaz cuando es socialmente injustificada” (*sozialwidrig*)⁵²⁰. La justificación social del despido correspondería, en parte, a nuestras causales de término de contrato de trabajo, previstas en los artículos 156 y 161 del Código del Trabajo, siempre y en cuanto aquellas admitieran ser consideradas como hipótesis fácticas de justificación social.

□ 1 I KScgH, al

Decíamos que en Alemania el despido se declara “no procedente” cuando no sigue criterios de justificación social. Las causas de justificación social son: a) causas relativas a la persona del trabajador (*personenbedingte Kündigung*), b) causas relativas al comportamiento del trabajador (*verhaltensbedingte Kündigung*), y c) por necesidades económicas urgentes que impidan la continuación de la relación laboral del trabajador en el centro de trabajo. Cabe tener presente que, aun cuando concorra una de estas causales, el despido igualmente puede ser declarado socialmente injustificado en dos supuestos: 1º en los casos en que el trabajador pueda ser readmitido o reubicado en otro puesto de trabajo dentro de la misma empresa, y 2º tratándose de un despido por causas económicas, cuando la selección social ha sido defectuosa⁵²¹.

Sin pretender un repaso exhaustivo, conviene tener presente que las previsiones de la

⁵²⁰ V. FRÖHLICH, Martin y VELASCO PORTERO, María Teresa. “El régimen del despido en Alemania: los diferentes niveles de protección del trabajador según el tamaño del centro de trabajo”, *op. cit.*, p. 1759. Dice textualmente la disposición legal dice: “Parágrafo 1. Despidos socialmente injustificados (1) La extinción de la relación laboral de un trabajador cuya relación ha existido en el mismo centro de trabajo o empresa sin interrupción más de seis meses, es jurídicamente ineficaz cuando es socialmente injustificado (2) El despido es socialmente injustificado cuando no está condicionado por motivos que se basen en la persona o en la conducta del trabajador o por necesidades empresariales urgentes que impidan la relocalización del trabajador en esa empresa”, v. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana”, *op. cit.*, □ 168.

⁵²¹ *Ibidem* p. 1759. Dice textualmente la disposición legal dice: “Parágrafo 1. Despidos socialmente injustificados (1) La extinción de la relación laboral de un trabajador cuya relación ha existido en el mismo centro de trabajo o empresa sin interrupción más de seis meses, es jurídicamente ineficaz cuando es socialmente injustificado (2) El despido es socialmente injustificado cuando no está condicionado por motivos que se basen en la persona o en la conducta del trabajador o por necesidades empresariales urgentes que impidan la relocalización del trabajador en esa empresa”, v. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana”, *op. cit.*, □ 168.

⁵²¹ *Ibidem* p. 1759. Dice textualmente la disposición legal dice: “Parágrafo 1. Despidos socialmente injustificados (1) La extinción de la relación laboral de un trabajador cuya relación ha existido en el mismo centro de trabajo o empresa sin interrupción más de seis meses, es jurídicamente ineficaz cuando es socialmente injustificado (2) El despido es socialmente injustificado cuando no está condicionado por motivos que se basen en la persona o en la conducta del trabajador o por necesidades empresariales urgentes que impidan la relocalización del trabajador en esa empresa”, v. MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana”, *op. cit.*, □ 168.

Ley de Protección al Despido, *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG), no se aplican a todos los trabajadores. Se aplica solo bajo las siguientes hipótesis: 1ª a trabajadores cuya relación laboral ha existido en el mismo centro de trabajo o empresa sin interrupción más de seis meses; 2ª a trabajadores que se desempeñan en centros de trabajo de más de 10 trabajadores, excluyendo los aprendices y computando proporcionalmente a los que prestan servicios en jornadas parciales, y 3ª los trabajadores deben desempeñarse en un centro de trabajo. La ley no define qué debe entenderse por centro de trabajo pero, en general, se acepta que “un centro de trabajo es una unidad organizativa, en que el empresario persigue –solo o con el concurso de trabajadores– unos objetivos concretos, de manera que una empresa puede estar constituida por varios centros de trabajo”⁵²². El concepto de centro de trabajo podría ser asimilado al nuestro de establecimiento de empresa, de vital importancia en el derecho colectivo del trabajo⁵²³.

Quedan excluidos, pues, de la Ley de Protección al Despido, *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG), los trabajadores de centros de trabajo de 10 o menos trabajadores.

El Tribunal Constitucional (BVerfG) ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley de Protección al Despido⁵²⁴, a propósito precisamente del

⁵²² V. FRÖHLICH, Martin y VELASCO PORTERO, María Teresa. “El régimen del despido en Alemania: los diferentes niveles de protección del trabajador según el tamaño del centro de trabajo”, *op. cit.*, p. □1761.

⁵²³ Por ejemplo, en lo referente a las reglas de constitución de sindicatos. Así, dispone el artículo □227, que si la empresa tiene cincuenta trabajadores o menos, podrán constituir sindicato ocho de ellos. Y, si la empresa tuviere más de un establecimiento, podrán también constituir sindicato los trabajadores de cada uno de ellos, con un mínimo de veinticinco trabajadores que representen, a lo menos, el treinta por ciento de los trabajadores de dicho establecimiento.

⁵²⁴ Se trata del Auto del Tribunal Federal Constitucional de 27 de enero de 1998, sobre la constitucionalidad de la exclusión de las pequeñas empresas (*kleinbetriebe*) del ámbito de aplicación de la ley de protección contra el despido. Para un análisis comparativo del fallo (derechos alemán y español) y para una lectura completa del fallo, v. ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana”. La Coruña, Editorial Netbiblo, Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, pp. 581 y 202-212. Por la trascendencia del fallo, citaremos textualmente dos considerandos muy ilustrativos de razonamiento práctico jurídico del Tribunal Federal Constitucional: “31 aa) En el caso de la protección contra el despido, hay que poner en la báscula, del lado del trabajador, intereses de peso. La actividad profesional, garantizada para el marco necesario de libertad por el artículo □12, apartado I, de realizarse exclusivamente mediante la celebración y el mantenimiento de contratos de trabajo (cfr. BVerfGE 81, 242 [254]). El puesto de trabajo es el fundamento económico existencial para él y su familia. La hechura vital y el entorno residencial serán determinados por ello, al igual que la posición social y la autoestima. Con la finalización de la relación laboral se pondrá en cuestión este trenzado de relaciones económicas y sociales. Las perspectivas de encontrar una posición similar sin perder nivel de vida y relaciones de vecindad, dependen del mercado de trabajo. En tiempos de desempleo estructural, son malas ante todo para los trabajadores mayores. Si no consigue encontrar con rapidez un nuevo puesto de trabajo, se mete frecuentemente en una crisis, en la que se le ayudará a través de las prestaciones de desempleo solo parcialmente y, también, solo durante un período de tiempo limitado. 32 bb) Del otro lado, es digno de protección, en gran medida, el derecho de despido del empresario pequeño. En una empresa con menor fuerza laboral, el resultado del negocio depende más que en las grandes empresas de cada concreto trabajador.

régimen que excluye de su protección a los trabajadores de centros de trabajo de 10 o menos trabajadores, declarándola compatible con la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz, GG*), porque: 1º. No vulnera el Estado Social (art. 20 I GG), puesto que el legislador dispone de un amplio margen para desarrollarlo; 2º. No vulnera el principio de igualdad, porque los centros de trabajo pequeños presentan características especiales, como es, por ejemplo, “su menor resistencia financiera y porque existe una relación de cooperación muy personal y de confianza entre trabajador y empresario. Por tanto, se ha concluido, los centros de trabajo pequeño y los grandes no son iguales, por lo que no deben ser tratados de la misma manera (principio de igualdad sustancial y no formal); 3º. Se respeta el derecho a la tutela efectiva (ex arts. 19, apartado 4, y art. 103, apartado 1 de la GG), pues siempre los trabajadores afectados con dichos despidos podrán recurrir a los Tribunales de Justicia alegando la improcedencia del término del contrato; 4º. No quedan desprotegidos los trabajadores al ser excluidos del *Kündigungsschutzgesetz*, porque en todo caso se le aplican las normas del Código Civil, BGB.

El trabajador afectado por un despido en el contexto de un centro de trabajo pequeño, por consiguiente, goza de la protección del Derecho Civil contenido en el BGB. La protección se traduce en que el despido no puede suponer infracción a las buenas costumbres (art. 138 BGB) o al principio de buena de fe (art. 242 del BGB).

Es más frecuente que se acoja el despido por infracción al principio general de la buena fe, que por infracción a las buenas costumbres. Se ha concluido por la jurisprudencia alemana que el principio general de buena fe se vulnera cuando: 1º. El empleador despide al trabajador arbitrariamente, debiendo, en consecuencia, siempre justificarlo con una causa razonable, y 2º.

El despido de los trabajadores en centros de trabajo pequeños con errores de se

En su capacidad de prestación depende, como si fuese una característica de la personalidad, de que, para el trabajo conjunto, son importantes la eficacia exterior y el clima empresarial. Los pequeños equipos son proclives a malos humores y querellas. Las perturbaciones del clima laboral pueden conducir a disminuciones de rendimiento, que en el caso de volumen de negocio pequeño impacten sensiblemente en el resultado. Las pérdidas solo se pueden compensar con dificultad, en caso de existencias de personal bajas. Típicamente en el caso de empresas pequeñas, el propio empresario trabaja como jefe del lugar. En consecuencia, la relación de confianza con cada uno de sus trabajadores recibe una relevancia especial. También el equipamiento financiero, ordinariamente más pequeño, cae por su peso. Una empresa pequeña no está frecuentemente en posición de pagar indemnizaciones por extinción de una relación laboral o de cargar con personal de menos capacidad laboral, menos necesario o también solo menos apropiado. Finalmente, el gasto administrativo, que trae consigo un proceso de protección contra el despido, también perjudica con más fuerza a la empresa pequeña que a una empresa grande. 33cc) Con la norma sometida a examen, esta contraposición de intereses ha encontrado un equilibrio, que no cabe objetar jurídicamente”, v. ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana”, *op. cit.*, □207.

varios trabajadores⁵²⁵.

Por cierto que no estamos en condiciones de sostener (y por tanto no lo sostenemos) que en el Derecho del Trabajo alemán exista una suerte de principio de protección a la fuente del empleo, ni nada que pudiera asemejarse a tal idea o proposición.

Sin embargo, estimamos que, al menos vistas aisladamente las normas de la Ley de Protección al Despido, *Kündigungsschutzgesetz*, al establecer estas un distingo entre centros de trabajos grandes y pequeños, han pretendido potenciar o mejorar el desempeño de los centros de trabajo pequeños, pues, como ha dicho el Tribunal Constitucional alemán, dichos centros de trabajo presentan características especiales, tales como “su menor resistencia financiera y porque existe una relación de cooperación muy personal y de confianza entre trabajador y empresario. Por tanto, se ha concluido, los centros de trabajo pequeño y los grandes no son iguales, por lo que no deben ser tratados de la misma manera (principio de igualdad sustancial y no formal)”⁵²⁶.

Por otra parte, si bien es cierto que la *Kündigungsschutzgesetz* puede ser comprendida como una ley de estabilidad en el empleo, estimamos que, por todo lo expuesto, no es menos plausible que también sea interpretada como una ley que protege a la fuente del empleo, sobre todo las más vulnerables, como son los centros de trabajo pequeños o Pymes. Desde esta perspectiva de análisis, estimamos que existe una relación contenido entre los fines que se pueden inferir de la *Kündigungsschutzgesetz* y nuestro principio de protección a la fuente del empleo. Porque, como hemos justificado a lo largo de esta tesis, no se puede proteger el empleo sin, a su vez, proteger la fuente que lo produce, fenómeno que estimamos posible de distinguir entre los fines que persigue la *Kündigungsschutzgesetz*.

III. CONCLUSIONES

En base a lo precedentemente expuesto estimamos que es posible distinguir en el

⁵²⁵ V. FRÖHLICH, Martín y VELASCO PORTERO, María Teresa. “El régimen del despido en Alemania: los diferentes niveles de protección del trabajador según el tamaño del centro de trabajo”. *Actualidad Laboral* (15): 1764, septiembre 2010.

⁵²⁶ ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana”, *op. cit.*, □207.

ordenamiento jurídico laboral chileno la existencia del principio de protección a la fuente del empleo.

Las eventuales críticas políticas ideológicas que pudieran esgrimirse en contra de su distinción, no son correctas, puesto que están construidas en un plano discursivo no dogmático.

Las críticas dogmáticas que distinguimos, en cambio, admiten ser consideradas en el análisis, pero justificamos que son derrotables.

En cuanto a los antecedentes del principio de protección a la fuente del empleo en el derecho del trabajo comparado, se constató que no existe una formulación idéntica. Si, en cambio, algunas instituciones que comparten con él, la preocupación por la fuente del empleo, como son: el principio de rendimiento (España), el principio pro-empresa, en tanto lectura contemporánea del principio de rendimiento (España); la flexiseguridad (Unión Europea); algunos aspectos del derecho del empleo (España); y las experiencias de reducción de jornada de trabajo y la protección al trabajador según el tamaño del centro de trabajo (Alemania).

CAPÍTULO V

APLICACIONES Y CASOS DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN
A LA FUENTE DEL EMPLEO

I. FORMA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO Y CASOS TÍPICOS

El principio de protección a la fuente del empleo, cuyo descubrimiento científico en el ordenamiento jurídico laboral chileno estimamos haber justificado correctamente en esta tesis, reclama para su reconocimiento en la jurisprudencia y en la doctrina la formulación de las herramientas necesarias para su aplicación.

Para facilitar su comprensión, en esta sección, conjuntamente con sugerir algunas de estas herramientas presentaremos algunos ejemplos en los cuales el principio de protección a la fuente del empleo puede llegar a jugar un rol decisor en la adjudicación de casos.

1. FORMA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO

La palabra forma la usamos en su acepción general, referida a la idea de “fórmula y modo de proceder de una cosa”⁵²⁷. La forma de aplicación del principio de protección a la fuente del empleo es compleja, porque consta de varias partes. Nosotros proponemos distinguir al menos dos partes, a saber: 1ª) Alegación del principio, y 2ª) Aplicación jurisdiccional.

Ya sea como acción o como defensa, el que lo alegue a su favor, siempre pretenderá que el caso sea resuelto optimizando la protección a la fuente del empleo, esto es, la empresa, por sobre la norma que, supuestamente, protege al trabajador o incluso al empleador.

Cuando afirmamos que el caso deberá ser resuelto optimizando la protección a la empresa, no estamos afirmando implícita o explícitamente, protección al empleador. Ya demostramos en el capítulo III, que empresa y empleador, corresponden a dos entes jurídicos diferenciados. Esta distinción es trascendental, pues la protección a la empresa puede significar preterir los intereses del empleador o de los controladores de la empresa. Por consiguiente, la protección a la empresa puede preterir no solo los intereses de los trabajadores, sino que también de los empleadores, toda vez que la empresa es un bien jurídico que goza de un importante estatus de protección en el ordenamiento jurídico laboral, ya que es la fuente típica del empleo. Sin empresa, no hay empleos. Y sin empleos, el Derecho del Trabajo no pasa de ser un sistema jurídico formal, sin incidencia en

⁵²⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”, *op. cit.*, □984.

la realidad.

Protección a la fuente del empleo o empresa, no equivale, por tanto, ni a protección al empleador ni protección al trabajador. Muchas veces, para salvar la fuente del empleo, será necesario privilegiar la protección de la empresa, no entregando la solución óptima ni para el trabajador ni para el empleador. Esta perspectiva nos quedará más clara cuando presentemos en la sección final algunos casos de aplicación del principio.

1.1. Alegación del principio de protección a la fuente del empleo

Resulta conveniente para que el principio de protección a la fuente del empleo pueda ser aplicado en sede jurisdiccional, que sea alegado por la parte que lo pretende, ya sea como acción o como defensa. Por cierto que esta condición es relativa, porque bien podría ser aplicado por la judicatura, aun cuando las partes no lo hubieren alegado.

Conforme dispone el N° □4 del artículo □
por escrito y debiera contener: “4. La exposición clara y circunstanciada de los hechos y consideraciones de derecho en que se fundamenta”. A su turno, el inciso segundo del artículo □452 dispone
circunstanciada de los hechos y fundamentos de derecho en los que se sustenta (...)”.

Por su parte, el artículo ~~n°477~~ del CT dispon
definitivas, solo será procedente el recurso de nulidad, cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o aquella se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no precederán más recursos (.) El recurso de nulidad tendrá por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o solo esta última, según corresponda”.

La alegación del principio de protección a la fuente del empleo, por consiguiente, puede hacerse primeramente, en la demanda o en la contestación, debiendo en tales casos consistir en:

- a) Una exposición clara y circunstanciada de los hechos que justifique fácticamente el juzgamiento del caso utilizándolo, y

- b) El desarrollo una justificación jurídica para la aplicación del principio a efectos que sea considerado como *ratio decidendi* o *lex decisoria litis* del caso.

Si, posteriormente, se alega en sede de nulidad, deberá presentarse una fundamentación jurídica que establezca que en el procedimiento o en la dictación de la sentencia se ha infringido sustancialmente el principio de protección a la fuente del empleo en su dimensión constitucional, o bien, que la sentencia se dictó con infracción del principio de protección a la fuente del empleo, en su dimensión legal; infracción que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Descartamos, aunque no absolutamente, que, por el momento, el principio de protección a la fuente del empleo pudiera ser alegado en sede de recurso de unificación de la jurisprudencia, toda vez que, como dispone el inciso segundo del artículo 483 del CT, es “procederá cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”. Y en efecto, dado que el principio de protección a la fuente del empleo, todavía no ha sido reconocido por la jurisprudencia, no existe el fundamento fáctico-jurídico para poder interponerlo, a saber: la existencia de dos o más fallos en los cuales la materia de derecho objeto del juicio, haya sido al menos en un caso, el principio de protección a la fuente del empleo. Sin embargo, siempre es posible que la CS, y aun cuando no se hubiere invocado el principio de protección a la fuente del empleo, pudiere llegar a utilizarlo en algunas de las consideraciones para fundamentar la unificación de alguna jurisprudencia que se le solicita.

1.2. Aplicación jurisdiccional del principio de protección a la fuente del empleo

Por el poder de influencia en todo el sistema jurídico que pueden llegar a tener las sentencias de los órganos que se indicarán, distinguiremos básicamente dos sedes de aplicación del principio de protección a la fuente del empleo: Corte Suprema y Tribunal Constitucional.

1.2.1. Corte Suprema

En materia laboral, al menos podría llegar a plantearse la posibilidad de la aplicación del principio de protección a la fuente del empleo ante la CS, a propósito del conocimiento de un recurso de casación en el fondo, de queja, de unificación de la jurisprudencia o bien, en sede de apelación de la sentencia en recurso de protección, si acaso se distingue tal

principio, también en el orden constitucional.

En el capítulo I de la tesis, estimamos haber probado que la CS comprende los principios jurídicos laborales como mandatos de optimización y que, en caso de colisión, hace primar a uno por sobre otro, mediante una metodología de la ponderación cuyo resultado, por cierto, no supone la invalidación del principio preterido sino que solo su relevamiento para la solución del caso, haciendo primar a otro, por estimarlo de mayor peso jurídico, atendido el mérito de autos.

Por lo expuesto, en sede de aplicación de CS, estimamos que ya existen las bases jurisprudenciales generales para aplicar el principio de protección a la fuente del empleo, porque, en general, se reconocen los principios, cuestión que facilita el reconocimiento del principio defendido en esta tesis, toda vez que no será necesario justificar previamente, la existencia o validez general de los principios jurídicos laborales.

1.2.2. Tribunal Constitucional

A partir de la segunda mitad de la presente década, y no sin la influencia de la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, el Tribunal Constitucional chileno expresamente ha comenzado a utilizar el principio de proporcionalidad⁵²⁸.

Existe un interesante repertorio de sentencias en las cuales se ha aplicado el principio de proporcionalidad⁵²⁹. Así por ejemplo, en Sentencia Rol N° ~~2006~~, el TC también ha dicho:

“Décimo quinto. Que, si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación.

La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación

⁵²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El principio de la proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”, *op. cit.*, □ 373.

⁵²⁹ Entre otras sentencias en las cuales el TC desarrolla aplicaciones del principio de proporcionalidad, pueden ser consultadas: Rol N° ~~2006~~, Rol N° ~~2007~~, Rol N° □ 986-2007, Rol N° ~~2007~~, Rol N° □ 1260 2008, Rol N° ~~2008~~, Rol N° ~~2008~~ Rol N° ~~2008~~ Rol N° ~~2008~~ Rol N° ~~2007~~, Rol N° ~~2007~~, Rol N° ~~2007~~, Rol N° ~~2007~~, Rol N° ~~2006~~, Rol N° ~~2006~~, Rol N° ~~2006~~, Rol N° ~~2006~~.

coherente entre medios utilizados y los fines perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común”⁵³⁰.

Aludiendo a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en la causa Rol N° ~~2005~~, el TC también ha tenido la oportunidad de profundizar conceptualmente en su invocación al principio de proporcionalidad:

“Trigésimo noveno: Que para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (Tomás Ramón Fernández. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. □34 y 42);

Cuadragésimo: Que, precisamente en este sentido, el Tribunal Constitucional de España ha señalado específicamente, que “para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos” (sentencias 76/1990 y 253/2004). En otras palabras, como también lo ha señalado esta Magistratura (Rol N° □790), la igualdad ante diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”⁵³¹.

Por otra parte, en la causa sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° ~~2008~~6 en que se solicitaba declarar inaplicable por inconstitucional el artículo □171 del Código exigencia el previo pago del total de la multa para admitir a tramitación una reclamación judicial en contra del Servicio Nacional de Salud, órgano fiscalizador y sancionador, el TC tuvo la oportunidad de perfilar claramente los principales aspectos que comprende el principio de proporcionalidad o ponderación (en su acepción más general):

“Vigésimo segundo: Que, habiéndose concluido en los dos considerandos que anteceden que el requirente goza de la garantía de acceso a la justicia y que el precepto impugnado

⁵³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El principio de la proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”, *op. cit.*, □374.

⁵³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El principio de la proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”, *op. cit.*, □376.

restringe o limita ese derecho, resulta necesario examinar si dicha limitación o restricción se encuentra o no en los márgenes tolerados por la Carta Fundamental.

Al efecto, este Tribunal ha establecido que si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sea –las mismas restricciones proporcionales a los bienes que de ella cabe esperar, resultando por ende tolerables a quienes las padezcan en razón de objetivos superiores o, al menos, equivalentes (doctrina que puede encontrarse expuesta, entre otros, en el considerando 15° de la sentencia de 26 de diciembre de 2006, dictada por este Tribunal en la causa Rol N° 541).

Asimismo, este Tribunal ha exigido que las restricciones o limitaciones al ejercicio de un derecho se encuentren determinadas por el legislador, no vulneren el principio de igualdad ante la ley y respeten el numeral 26 del artículo

□19 de la Carta Fundam

afectar los derechos en su esencia e imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio. Al explicar el alcance de lo que significa impedir el libre ejercicio de un derecho, esta Magistratura ha afirmado constantemente que ello ocurre cuando el legislador “lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (Sentencia de 24 de febrero de 1987, Rol N°

□43, reiterado en varia

reiterado que el legislador, dentro del ámbito de su autonomía para legislar, debe elegir aquellas opciones que impliquen una limitación menor de los derechos, estándole prohibido afectar su contenido más allá de lo razonable, con relación a los objetivos que se quiere lograr. Asimismo, el Tribunal ha sostenido que si bien el legislador tiene autonomía para reglar el ejercicio de un derecho, debe hacer “en forma prudente y dentro de latitudes razonables” (Sentencias de fechas 30 de octubre de 1995 y 20 de octubre de 1998, roles 226 y 280, respectivamente).

Cualquiera que sea entonces el camino que se siga para estudiar la constitucionalidad de las normas en examen, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas en la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”⁵³².

Según Nogueira Alcalá, el TC ha utilizado el principio de proporcionalidad sin desconocer el poder de configuración del ordenamiento jurídico que dentro de su competencia, por cierto, tiene el legislador. La aplicación del test de la proporcionalidad que ha hecho el TC, no siempre ha sido el adecuado o no siempre lo ha aplicado en forma completa.

Por todo lo expuesto, estimamos justificado considerar que nuestro TC posee una

⁵³² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El principio de la proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”, *op. cit.*, p. 386

cultura jurisprudencial sobre aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual facilita la comprensión del principio de protección a la fuente del empleo.

Al menos dos son las vías a través de las cuales se podría llegar a obtener un pronunciamiento del TC, sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal por vulneración del principio de protección a la fuente del empleo. En efecto, como sabemos el TC realiza control preventivo y posterior de preceptos legales (incluidos los decretos con fuerza de ley); y en este último caso, ya sea por la vía de requerimientos de inaplicabilidad o de acciones de inconstitucionalidad.

Por consiguiente, básicamente las vías a través de las cuales podría eventualmente alegarse la inconstitucionalidad de un precepto legal contrario al principio de protección a la fuente del empleo, serían las preventivas o la represiva.

Ahora bien y con todo, forzoso resulta advertir, que es condición *sine quanon* para intentar el ejercicio de tales acciones constitucionales, que el que lo alegue demuestre su existencia en el ordenamiento constitucional y que dicha alegación, persuada al TC en cuando a reconocer su validez constitucional, esto es, su existencia como un principio constitucional.

Excede los límites impuestos a nuestra tesis, la realización de la dogmática constitucional de justificación del principio de protección a la fuente del empleo. Aquella es una pregunta que dejamos abierta y esperamos poder contestar en el futuro. Sin embargo, estimamos haber justificado que el principio de protección a la fuente del empleo existe en el ordenamiento jurídico laboral de rango legal, no siendo contradictorio con las normas constitucionales, sino que complementario y desarrollador del programa constitucional orientado hacia el Estado promocional que contempla nuestra Carta Fundamental.

Finalmente no está de más volver a mencionar que muy recientemente el TC ha dictado la primera sentencia sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto del Código del Trabajo. Se trata del artículo

□26 bis del Cód

Gerardo Mena Edwards, Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras de Talagante⁵³³. La comprensión jurisprudencial constitucional represiva del Código del Trabajo está recién comenzando y no existen razones para negar *a priori* un eventual encaminamiento de la jurisprudencia del TC hacia el principio de protección a la fuente del empleo.

⁵³³ Rol N° ~~10852~~10852A, de 26 de julio de 2011.

2. ALGUNOS CASOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LA FUENTE DEL EMPLEO

Convengamos que, en términos generales, cuando en la resolución de un caso laboral la aplicación sin contrapeso del principio protección al trabajador o de los principios que protegen el derecho de propiedad del empleador, impliquen una decisión que afecte desproporcionadamente la fuente del empleo, se abrirá consecuentemente la posibilidad teórica de alegar la primacía del principio de protección a la fuente del empleo.

Por consiguiente, los casos que puedan presentarse, imaginarse o construirse en el debate judicial, susceptibles de ser dirimidos potencialmente con el concurso del principio de protección a la fuente del empleo, serán, tantos como tantas sean las situaciones de afectación desproporcionada de la fuente del empleo que puedan distinguirse.

De aquel indeterminable universo de casos que podrían distinguirse, a continuación presentaremos tres.

La nota distintiva común, por cierto, es que en todos ellos el principio de protección a la fuente del empleo, a nuestro entender, podría ocupar el rol de norma *decisoria litis*, de norma concurrente en la decisión o bien, de *ratio decidendi* para justificar la resolución del caso.

2.1. Caso de despido por necesidades de la empresa

En la causa rol N° ~~260257~~ 260257 del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, un profesor dedujo demanda en contra de la Universidad de Concepción, Corporación de derecho privado, a fin de que se acogiera la acción declarando que su despido fue injustificado, ordenando el pago de las indemnizaciones correspondientes, así como de las prestaciones que detalló en el cuerpo de su escrito, con reajustes, intereses y costas.

En sentencia de uno de agosto de dos mil ocho, escrita a fojas 419 y siguientes, el tribunal de primer grado rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, y acogió la demanda, declarando que el demandante fue despedido en forma que se califica como improcedente, por lo que se condenó a la demandada al pago de las indemnizaciones del caso.

Se alzó la parte demandada y la Corte de Apelaciones de Santiago, por fallo de

veinticinco de mayo de dos mil nueve, que rola a fojas 446, confirmó la decisión de primer grado. En contra de esta última resolución, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, por haber sido dictada, a su juicio, con infracciones de ley que han influido en lo dispositivo de la sentencia, a fin que se la invalide y se dicte la de reemplazo que detalla.

Con fecha 29 de septiembre de 2009, la CS acogió el recurso, anulando la sentencia de alzada y dictando la correspondiente de reemplazo.

El razonamiento de la CS fue el siguiente:

“Quinto: Que del tenor de la disposición transcrita aparece que, tal como lo sostiene la recurrente, al consagrar la causal invocada para el término de la relación laboral en análisis, el legislador ha pretendido su definición en términos que distan de ser concluyentes, exigiendo de esta manera que sea el intérprete judicial quien precise su sentido y le asigne el tenido en cuenta en su establecimiento. En efecto, la utilización de la expresión “tales como” que se advierte referida a las indicadas “necesidades de la empresa” revela que las referencias a las hipótesis de “racionalización”, “modernización”; “bajas en la productividad”, “cambios en las condiciones del mercado”; “cambios en las condiciones de la economía” no son estrictas, sino que, por el contrario, las referidas necesidades pueden revestir otra forma diversa de la empleada por la ley y responder igualmente a su espíritu.

Sexto: Que, por otra parte, tampoco se advierte en la referida norma, la necesaria identificación de la causal alegada con la hipótesis de crisis de la entidad que los sentenciadores del fondo exigen, conforme aparece del razonamiento de que da cuenta el fundamento tercero precedente, como la única situación que legitime la invocación de la causal esgrimida; ni se aprecia que sea indispensable acreditar la racionalización de la Universidad empleadora, provocada por las consecuencias del desempeño del demandante en el funcionamiento de la misma, por cuanto dichos efectos no han sido requeridos por el legislador para el análisis de las situaciones de hecho que pueden llegar a configurar la hipótesis en estudio.

Séptimo: Que lo señalado precedentemente resulta conteste con lo manifestado por esta Corte; en el sentido que los casos contemplados en el inciso 1º del artículo _____ □161 no son de carácter taxativo, abarcando situaciones análogas o semejantes, que deben decir relación con aspectos de carácter técnico o de orden económico; de manera tal que resulta evidente que al proceder a la aplicación de la norma en comento al caso en estudio, los jueces de la instancia han incurrido en errores de derecho, al exigir en su interpretación requisitos que la ley no contempla, restringiendo su sentido de una forma que no resulta admisible.

Octavo: Que, por otra parte, resulta necesario tener en cuenta que este tribunal también ha dicho que las situaciones de carácter técnico que la referida norma comprende aluden a rasgos estructurales de la empresa, que inciden en la mecánica funcional de la misma; precisión de sentido que torna imprescindible atender, para la acertada decisión del asunto sometido al conocimiento de este tribunal, al carácter de la entidad empleadora, corporación de derecho privado, sin fines de lucro de educación universitaria.

Noveno: Que para el análisis que se anuncia como necesario, resulta imperativo considerar, asimismo, que se encuentra establecido como hecho de la causa que la decisión de separar al demandante fue adoptada en virtud de su deficiente desempeño en la función de docencia, la ausencia de actividades de investigación y extensión, lo que

se corroboró con los resultados de su evaluación académica del año 2003 y los de la evaluación docente del año 2004; expresando los jueces del fondo que la referida situación representaba un problema para la demandada, por lo que la decisión impugnada –el despido– respondió a exigencias de calidad de la institución, que son propias del funcionamiento de una entidad educacional como la demandada.

Décimo: Que, de acuerdo a lo indicado precedentemente, resulta forzoso concluir en la situación en estudio que, para una entidad empleadora como la demandada –de carácter educacional– ciertamente la evaluación académica de sus docentes constituye uno de sus pilares estructurales de funcionamiento. De esta manera, la referida estimación y mantención dentro de estándares de competitividad es un elemento esencial a ser considerado para el adecuado funcionamiento de la empresa como la entiende nuestro legislador laboral, por lo que su invocación en el caso en análisis no puede ser estimada como injustificada, toda vez que los estándares de funcionamiento de los medios personales, materiales e inmateriales, han sido ordenados para el logro de precisos y determinados fines que la propia sentencia atacada reconoce, y que no pueden ser desatendidos en el análisis de la causal de despido invocada” (el subrayado es nuestro)⁵³⁴.

La doctrina del caso puede resumirse así:

- a) Las hipótesis de necesidades de la empresa que menciona el inciso 1° del artículo □161 no son
semejantes, que deben decir relación con aspectos de carácter técnico o de orden económico;
- b) Las situaciones de carácter técnico que la referida norma comprende aluden a rasgos estructurales de la empresa, que inciden en la mecánica funcional de la misma;
- c) Que para una entidad empleadora como la demandada –de carácter educacional– ciertamente la evaluación académica de sus docentes constituye uno de sus pilares estructurales de funcionamiento. La evaluación docente y mantención dentro de estándares de competitividad es un elemento esencial a ser considerado para el adecuado funcionamiento de la empresa como la entiende nuestro legislador laboral, por lo que su invocación en el caso en análisis no puede ser estimada como injustificada, toda vez que los estándares de funcionamiento de los medios personales, materiales e inmateriales, han sido ordenados para el logro de precisos y determinados fines que la propia sentencia atacada reconoce, y que no pueden ser desatendidos en el análisis de la causal de despido invocada.

⁵³⁴ Corte Suprema, Rol N° ~~2009~~ CFO, ejemplar fotocopiado.

La sentencia comentada ha sido criticada por algunos, por cuanto supuestamente contribuirá decisivamente a la sustitución del régimen de estabilidad relativa en el empleo por uno gobernado por el libre despido. Así es como se ha dicho que “no cualquier variación en las condiciones económicas objetivas puede restringir el ámbito propio de la estabilidad en el empleo, sino solo aquellas respecto de las cuales pueda demostrarse que inciden en la inviabilidad de la empresa en forma sustantiva”⁵³⁵.

No compartimos tal interpretación. A nuestro juicio la aludida sentencia de la CS es correcta. En fallo argumenta, sin mencionarlo expresamente, en la línea del principio de protección a la fuente del empleo, pues afirma que las condiciones o situaciones (técnicas) que afectan los pilares estructurales de funcionamiento de las empresas, pueden ser válidamente distinguidas y consideradas como justificación de un despido por necesidades de la empresa.

La empresa, como toda organización, posee una estructura. La estructura son los componentes y relaciones que concretamente constituyen una unidad compleja. La empresa es una unidad compleja porque se compone de múltiples elementos personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

La complejidad de la empresa, por tanto, viene determinada por la calidad y cantidad de elementos que conforman su estructura y realizan su organización.

Para una entidad empleadora como la demandada –de carácter educacional– ciertamente la evaluación académica de sus docentes constituye uno de sus pilares estructurales de funcionamiento.

El fallo entiende por pilares de la empresa aquellos sin los cuales no puede existir o bien, funcionar competitivamente en el mercado, pues si pierde competitividad, quedará fuera de aquel y, en consecuencia, se generarán mejores condiciones para que se decaiga o se extinga el emprendimiento.

La necesidades de la empresa se generan cuando los pilares estructurales de la empresa

⁵³⁵ YÁÑEZ MONJE, Eduardo. “Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato. ¿Conversión a un sistema de libre despido?”. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 1 (1): 152, 2010.

se ven afectados y estos se ven afectados no solo cuando hay un daño generalizado, sino que también cuando la empresa pierde competitividad por diversos factores, como por ejemplo, no realizar racionalizaciones de sus operaciones.

No existe en la norma del inciso 1º del artículo 161 del CT n establecimiento de una relación de sinonimia, como lo pretenden algunos, entre necesidades de la empresa y una situación generalizada de daño o perjuicio de crisis que debería afectar a toda la empresa⁵³⁶.

Cuando la citada norma pone como ejemplo de situaciones que se pueden invocar como necesidades de la empresa, las derivadas de la racionalización y modernización de los servicios, está refiriéndose a todas aquellas que se relacionan con los pilares o elementos estructurales de la empresa, que son aquellos sin los cuales la empresa no puede subsistir en el mediano plazo.

En efecto, se diseñan e implementan medidas de racionalización y modernización de la empresa, para que esta recupere, mantenga o mejore su competitividad. Como es probable que ocurra, la falta de competitividad eliminará del mercado a la empresa. Las medidas de racionalización tienen por objeto, precisamente, evitar una situación generalizada de daño o perjuicio de crisis que debería afectar a toda la empresa.

Porque consideramos sensato pensar que tampoco se trata de tomar medidas de racionalización y modernización solo para evitar crisis, porque una empresa no es un proyecto ideado para navegar en función de las crisis, sino que para generar riqueza, retribución al empresario, empleos decentes, innovación y progreso social. Por consiguiente, las medidas de racionalización y modernización apuntan, ciertamente, que también en esa dirección, a saber: se racionaliza o moderniza la empresa, no solo para sortear una crisis o evitarla, sino que para mejorar los resultados de la empresa; mejorar las condiciones de empleo decente; diversificar e innovar la oferta bienes y servicios y aportar al desarrollo económico y social del país. En mercados competitivos la innovación es una condición de existencia de las empresas en el mediano plazo. Bajo esta perspectiva, la racionalización laboral puede ser comprendida como

⁵³⁶ YÁÑEZ MONJE, Eduardo. "Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato. ¿Conversión a un sistema de libre despido?". Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 1 (1): 152, 2010.

una actividad permanente, pues constantemente deben estarse renovando y adaptando las estructuras de las empresas para poder dar respuestas innovadoras al mercado.

La idea legislativa no es esperar que acontezca una crisis o daño económico en los pilares estructurales de la empresa, para que pueda invocarse la causal de necesidades de la empresa. El ideal normativo que plasma la causal del inciso 1º del artículo 161 del CT, con su atestigua su historia fidedigna y su texto, es proporcionarle a la empresa herramientas de gestión que le permitan el progreso y la adaptabilidad dinámica continua a los complejos escenarios económicos del mundo postfordista. La adaptabilidad al entorno económico lo consigue la empresa mediante la constante renovación y perfeccionamiento de sus estructuras principales. Si los elementos estructurales principales de la empresa –sus pilares–, no se adaptan, sencillamente la empresa iniciará un proceso de extinción. Nuestra legislación no desea que aquello acontezca. Por tal razón le entrega al empleador herramientas legales para racionalizar y modernizar las estructuras principales de la empresa, sin las cuales no puede existir.

Los pilares estructurales de la empresa de que habla la sentencia en comento, deben ser racionalizados y modernizados según la dinámica y exigencias de los mercados hacia los cuales están orientados. Hoy en día, quién podría dudarlo, las exigencias de racionalización y modernización son cotidianas, permanentes y constantes, en términos tales que, de no mediar tales medidas, las empresas corren serios riesgos de desaparecer.

No nos parece razonable suscribir, por tanto, la idea que solo las variaciones en las condiciones económicas objetivas que inciden en la inviabilidad de la empresa en forma sustantiva⁵³⁷, son las cubiertas por la norma del inciso 1º del artículo 161 del CT. Si nuestra justificación, la citada norma cubre todas aquellas condiciones económicas, financieras y organizacionales que la empresa deba implementar, no solo para hacer frente a una catástrofe económica o evitar la pérdida de competitividad, sino que para optimizarla o mejorarla, pues la existencia de una economía con empresas dinámicas, flexibles y elásticas a los cambios, contribuye a la generación de empleos decentes, condición básica esta última del desarrollo y la paz social.

⁵³⁷ YÁÑEZ MONJE, Eduardo. “Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato. ¿Conversión a un sistema de libre despido?”, *op. cit.*, p. 152.

Así es como, en el caso que estamos analizando, la colisión entre el principio de estabilidad relativa en el empleo y el principio de protección a la fuente del empleo, se resuelve a favor del último, porque la evaluación académica de los docentes de una Universidad⁵³⁸, constituye uno de sus pilares estructurales de funcionamiento, pues la docencia es el eje central de ese tipo de instituciones (y/o empresas, en los términos del CT). De suerte tal, que si no racionaliza o moderniza constantemente sus estructuras, se afectan esencialmente sus bases de sustentabilidad y proyección en el tiempo.

La primacía del principio de protección a la fuente del empleo en el caso examinado, constituyó una medida equilibrada y justa entre el beneficio para el bien común que se obtuvo con la restricción o limitación al principio de estabilidad relativa en el empleo.

En efecto, se salvaguardaron las bases de funcionamiento estructural de la Universidad, sin por ello desproteger completamente al trabajador, por cuanto, dado que se le despidió por necesidades de la empresa, nunca estuvo en cuestión el pago de la indemnización por años de servicio (34 años equivalentes a \$ 53.545.755) y la sustitutiva del aviso previo (1 remuneración \$ 1.574.032), que fueron solucionadas oportunamente por la Universidad.

Recordemos que la demanda de despido injustificado por aplicación de la causal de necesidades de la empresa lo que persigue en términos indemnizatorios, es solo el incremento de aquellas en un 30%, según dispone la letra □ a) del artículo que invoca dicha causal asume *–ab initio–* el pago de la indemnización por años de servicios y, eventualmente, la sustitutiva del aviso previo si correspondiera.

Por consiguiente resulta incorrecto sostener que se habría desprotegido al trabajador encaminando nuestro sistema de estabilidad relativa en el empleo hacia uno de libre despido. Mas bien todo lo contrario, el sistema de estabilidad relativa en el empleo operó correctamente por cuanto se aplicó una causal legal de término de contrato y se indemnizó al trabajador.

En síntesis, pensamos que casos judiciales como el que hemos presentado, ganarían en

⁵³⁸ Y no solo en una Universidad. El incorrecto o deficiente desempeño de un trabajador es fundamento de la causal de necesidades de la empresa en todo tipo de organización productiva. Pues la empresa está conformada por trabajadores y, lógico es concluirlo y la realidad así lo prueba, si estos no se desempeñan correctamente, aquella difícilmente podrá cumplir sus objetivos.

fundamentación y poder de persuasión, si incorporaran expresamente en la argumentación el principio de protección a la fuente del empleo.

También casos de bajo rendimiento del trabajador, podrían ser solucionados correctamente aplicando el principio de protección a la fuente del empleo, declarando la justificación del despido por necesidades de la empresa, si se acreditan, por cierto⁵³⁹.

Por último, no está de más recordar que en el derecho comparado la causal de necesidades de la empresa ha sido comprendida en un sentido no tan lejano del nuestro. En países como España, Alemania, Italia, Reino Unido, Portugal y, en general, en los del entorno comunitario, por cierto que con diferencias y particularidades propias, el despido por necesidades de la empresa reconoce como fundamento la utilidad que presta a los fines del mejor funcionamiento estructural de la empresa⁵⁴⁰.

2.2. *Lock-out*

El ejercicio del derecho a *lock-out* o cierre temporal de la empresa, que el inciso 2º del artículo

375 del Código de

⁵³⁹ Por ejemplo en la causa Rol N° 2001, CFO, “Lorena Pía Bersezio Berardi c. Compañía de Seguros CORPVIDA S.A., de 12 agosto de 2011. En dicha causa la CS declaró válida la sentencia recurrida que había declarado que si bien la actora experimentó una baja en su rendimiento laboral, esta circunstancia no configura la causal establecida en el inciso primero del artículo 161 del Código de Trabajo, que define una causal objetiva; por regla general independiente de la sola voluntad del empleador; que debe fundarse en hechos que hagan inevitable la separación de uno o más trabajadores; y que diga relación con circunstancias económicas graves y permanentes que afecten el desenvolvimiento de la empresa. Hay que reconocer que en la causa no se había acreditado correctamente el fundamento fáctico de las necesidades de la empresa. Así lo hace ver en el considerando Sexto: “Que de lo antes señalado no se advierte que los sentenciadores del grado, de conformidad a los hechos tenidos por acreditados en la sentencia, especialmente en cuanto se estableció que la actora, junto al grupo que dirigía, hicieron grandes esfuerzos para llegar a las metas impuestas por su empleador, hayan manifestado una interpretación contraria a la sostenida por esta Corte, máxime si el recurrente pretende con sus alegaciones incorporar al catálogo de causales legales de despido, una nueva creada por el mismo, consistente en el incumplimiento de las obligaciones que impone el contrato de trabajo a los empleados que contrata, sin el carácter de gravedad que la ley exige”. Reconociendo por tanto la complejidad del caso, a luz del considerando transcrito, sin embargo consideramos que en este fallo, la CS deja entrever que bajo ciertas circunstancias las bajas de productividad individuales o malos desempeños de los trabajadores podrían no ser consideradas necesidades de la empresa. A nuestro juicio, dicha interpretación, *in abstractum*, es incorrecta. Precisamente porque la causa de necesidades de la empresa descansa en el principio de protección a la empresa, es que las bajas de productividad individual o mal desempeño de los trabajadores, son situaciones fácticas que justifican plenamente un despido por necesidades de la empresa. En efecto, tales situaciones objetivas de bajo rendimiento laboral, impiden un funcionamiento adecuado de la fuente del empleo, pues se contrata trabajadores para que presten un servicio que aporte a la preservación, desarrollo y éxito de la empresa. Un mal desempeño transforma la prestación de servicios en disfuncional a los objetivos de la empresa. Y por tanto, para proteger la fuente del empleo, debe ser sustituida o reemplazada. Por cierto, que deben tratarse de malos desempeños o bajas en la productividad reales, prolongadas en el tiempo y de cierta envergadura.

⁵⁴⁰ Al respecto, puede consultarse: MARTÍN RIVERA, Lucía. “El despido objetivo por necesidades de la empresa”. Madrid, Editorial Reus, 2008, pp. 185.

protección a la fuente del empleo o en colisión con aquel.

Como tuvimos la oportunidad de justificar en el capítulo III de esta tesis, la protección a la fuente del empleo, en el caso del *lock-out* está diseñada para casos en los cuales resulta muy gravoso mantener una actividad parcial de la empresa, comparado con el cese completo de sus actividades. Mantener parcialmente las actividades de la empresa puede llegar a generar cuantiosas pérdidas para la empresa que bien podrían producirle daños irreparables. Por esta razón, para evitar la pérdida o debilitamiento de la fuente del empleo, el legislador permite decretar el *lock-out*. En estos casos, a nuestro juicio, el derecho a *lock-out* o cierre temporal de la empresa se ejerce en armonía con el principio de protección a la fuente del empleo y, por tanto, de manera legal.

Es posible distinguir al menos un caso o situación genérica, en que el ejercicio del derecho al cierre temporal o *lock-out* por parte del empleador, habiendo cumplido formalmente con todos los requisitos que establecen las reglas de los artículos 375, 376 y 377 del CT, sin embargo resultará contrario al principio de protección a la fuente del empleo y, por tanto, ilegal.

Partimos del supuesto que la interpretación de las normas laborales encuentran su lectura más comprensiva, cuando recurre a criterios sistemáticos y teleológicos. Sobre el particular, la jurisprudencia de la CS ha sostenido reiteradamente tal concepción hermenéutica. Entre otros fallos, confirma esta afirmación, el siguiente:

“Noveno: Que la norma legal no es una simple enunciación descriptiva o normativa, por ello, entendiendo que la ley otorga una determinada calificación o tratamiento jurídico a hechos o situaciones previstas, es lícito al intérprete, en busca del sentido de equidad o justicia, como meta de toda interpretación judicial, recurrir al motivo de la ley, su finalidad y a los intereses tutelados por esta”⁵⁴¹.

Pues bien, asumiendo que en el contexto del ordenamiento jurídico laboral chileno, el *lock-out* protege principalmente a la empresa, deducimos que el ejercicio del derecho a *lock-out* por parte del empleador se ajustará a derecho cuando se utilice para cumplir con la antedicha finalidad⁵⁴².

⁵⁴¹ CORTE SUPREMA, 11 de julio de 2005, CFO, Carmona Tapia, Mérida Eliana con Instituto de Normalización Previsional, en: RDJ, tomo ~~40~~ 41, julio, N° ~~3~~ 2, según ~~de~~ para, 2005, p. ~~915~~ 916.

⁵⁴² En Alemania, y a diferencia de la limitación que estamos proponiendo para el derecho a *lock-out* por el principio de protección a la fuente del empleo, se le ha limitado en función del principio de proporcionalidad. Ha sido

Sabemos y no negamos que, con justificados argumentos, la doctrina sobre *lock-out* incardina esta institución como una herramienta de presión del empleador para forzar a los trabajadores a que acepten una modificación de las relaciones laborales más favorables a los intereses del capital⁵⁴³. En esta perspectiva, el *lock-out* es una institución tributaria de una concepción política laboral que lo concibe como herramienta patronal de la lucha de clases. Dicha concepción, conforme a los actuales contenidos jurídicos positivos sistemáticos que hemos justificado, debería ser abandonada. En la actualidad, las tendencias integracionistas que propugnan una armonía real entre capital y trabajo, así como una fuerte propensión hacia la protección al empleo y a la fuente del empleo, permiten distinguir el *lock-out*, en su concepción de lucha de clases o defensiva, como una institución en retirada.

En consecuencia, pensamos que serán susceptibles de ser considerados ilegales todos aquellos ejercicios del derecho a *lock-out* que no tengan por fin proteger la fuente del empleo, y que se ejecuten solo como medida de presión del empleador para forzar a los trabajadores a que acepten una modificación de las relaciones laborales más favorable a los intereses del capital.

Estamos proponiendo, por tanto, una aplicación del principio de protección a la fuente del empleo que opera como limitación al derecho de propiedad del empleador por razones de

resuelto de tal forma por el Tribunal Federal del Trabajo, en sentencia de trabajo de 10 de junio de 1980, relativa al cierre patronal suspensivo de defensa (*suspendierende abwehraussperrung*). Y también por el Tribunal Federal Constitucional en auto de 26 de junio de 1991, v. ZACHERT, Ulrich; MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellano”. La Coruña, Editorial Netbiblo, Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, pp. 131-137. A continuación transcribimos un considerando de la última de las sentencias referidas: “54 c) El Tribunal Federal de Trabajo tampoco ha malinterpretado básicamente la libertad sindical de la recurrente de queja, en la aplicación de los principios desarrollados por él. El acuerdo de cierre patronal comprendía alrededor de 130.000 trabajadores y aproximadamente 4.300 huelguistas. Por consiguiente, la relación numérica se eleva aproximadamente a treinta a uno. Por cada día de lucha hubieran debido perderse más de dos veces y media de días laborales por el cierre patronal, que los días laborales que se habían perdido hasta ahora en el conjunto de dos semanas por las huelgas del sindicato. Esto podía dar ocasión al Tribunal Federal de Trabajo para calificar como ilícito el acuerdo de cierre patronal, sin restringir desproporcionadamente por dicha valoración la actividad, en cuanto que coalición, de la recurrente en queja”, v. *ibídem*, p. 388.

⁵⁴³ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo Editorial Jurídica de Chile, 2ª *lock-out* o cierre temporal condiciona su ejercicio al derecho de huelga, nuestro sistema jurídico consagraría el *lock-out* o cierre temporal defensivo, v. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “Derecho Colectivo del Trabajo”, *op. cit.*, p. 457.

□I Primera Parte G
□edic., 1993, p. □30

□*cit.*,

orden público laboral⁵⁴⁴.

Ahora bien, en términos prácticos interesa dilucidar cuando, en el plano fáctico, podría entenderse que el empleador está ejerciendo el derecho a *lock-out* en contra del principio de protección a la fuente del empleo y de los trabajadores. Y por otra parte, también interesa dilucidar a través de qué acciones podrá intentarse la prevalencia del principio de protección a la fuente del empleo.

2.2.1. Condiciones fácticas y jurídicas

A nuestro juicio deberán acreditarse, copulativamente, dos hechos: Prueba de la ineficiencia para la protección de la fuente del empleo del *lock-out* y prueba de la mala fe.

a) Prueba de la ineficiencia para la protección de la fuente del empleo del *lock-out*

Como sabemos, en virtud del *lock-out* se suspenden las obligaciones del empleador de dar ocupación efectiva a los trabajadores que no están involucrados en la huelga y a pagarle sus remuneraciones⁵⁴⁵. El fundamento doctrinal que se ha dado a este derecho, es netamente económico, a saber: puesto que resulta más gravoso mantener una actividad parcial de la empresa, pagando remuneraciones sin que haya producción, que tenerla plenamente funcionando, es que resulta menos gravoso el cierre temporal de la empresa⁵⁴⁶.

De lo anteriormemete expuesto, se deduce que aquellos que pretendan atacar la inconstitucionalidad o ilegalidad de un *lock-out*, deberán acreditar que, para la protección de la fuente del empleo, resulta menos gravoso la mantención de la actividad parcial de la empresa que el cierre temporal y completo de la empresa o predio o de un establecimiento de

⁵⁴⁴ Una presentación sistemática del orden público laboral, en: IRURETA URIARTE, Pedro. “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 6”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, 2006.

⁵⁴⁵ V. inciso segundo del artículo 108 del Código del Trabajo, iniciada la huelga, a impedir temporalmente el acceso a todos los trabajadores a la empresa o predio o al establecimiento”. Y inciso primero del artículo 107 del Código del Trabajo: “Durante la suspensión del contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados o a quienes afecte, en su caso. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato”.

⁵⁴⁶ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Sindicatos y negociación colectiva. Los Convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo II, 2008, p. 105.

ella.

El problema práctico de la acreditación económica, financiera y organizacional de la pretensión a que se verán enfrentados los legitimados activos (sindicatos y trabajadores), puede ser resuelto, en parte, con la ayuda de lo dispuesto por el inciso quinto del artículo 315 del CT.

Como sabemos, la citada norma dispone que es obligación del empleador proporcionar a todo sindicato o grupo negociador de empresa que se lo pida, los antecedentes indispensables para presentar el proyecto de contrato colectivo.

Así, para el empleador será obligatorio entregar, a lo menos, los balances de los dos años inmediatamente anteriores, salvo que la empresa tuviere una existencia menor, en cuyo caso la obligación se reducirá al tiempo de existencia de ella; la información financiera necesaria para la confección del proyecto referida a los meses del año en ejercicio y los costos globales de mano de obra del mismo período. Asimismo, el empleador deberá entregar la información pertinente que incida en la política futura de inversiones de la empresa, siempre que no sea considerada por aquel como confidencial.

Por consiguiente, en el diseño de la estrategia de negociación colectiva de los sindicatos o grupos negociadores de empresa, sería conveniente incluir la solicitud de información sobre el funcionamiento de la empresa que pudiera servir para, eventualmente, cuestionar el *lock-out*, si este fuere resuelto por el empleador en el proceso de negociación colectiva.

Si el empleador se negare a proporcionar la información sobre el funcionamiento de la empresa, dicha conducta eventualmente podría ser subsumida en la práctica antisindical prevista en la letra b) de la infracción 289 del CT⁵⁴⁷ en definitiva podría ser judicializado.

b) Prueba de la mala fe

Otro hecho que a juicio nuestro deberá acreditarse es la mala fe del empleador. Aquí la mala fe significa no solo el ejercicio del derecho a declarar el *lock-out* con el propósito de

⁵⁴⁷ **Art. 289.** Serán consideradas prácticas desleales del empleador, las acciones que atenten contra la libertad sindical. Incurrir especialmente en esta infracción: b) El que se niegue a proporcionar a los dirigentes del o de los sindicatos base la información a que se refieren los incisos quinto y sexto del artículo 315.

forzar a los trabajadores a suscribir condiciones laborales que, de no mediar el *lock-out*, no lo habrían efectuado, sino que también ejercicio del derecho con el fin de doblegar políticamente la voluntad de negociación del trabajadores. Se deberá alegar y probar, por tanto, que el empleador no ha declarado el *lock-out* con el fin de proteger a la empresa, sino con el solo propósito de presionar a los trabajadores, creando un clima o atmósfera laboral de incertidumbre y no proclive a la negociación colectiva.

Como sabemos, la presunción general de buena fe rige plenamente en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, solo podrá presumirse la mala fe, cuando expresamente una regla jurídica así lo establezca para casos particulares.

La prueba de la mala fe en materia de derecho colectivo del trabajo ha sido especialmente desarrollado por nuestra jurisprudencia a propósito de prácticas antisindicales. La doctrina puede resumirse así: es principio general del ordenamiento jurídico chileno y del cual no se sustrae la materia laboral, que la buena fe de los contratantes se presume y la mala debe ser probada por los medios legales.

Entendemos que en el Código del Trabajo el término mala fe se menciona una sola vez y a propósito “De las prácticas desleales en la negociación colectiva”, en la letra c) del artículo 387:

“Art. 387. Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos: c) El que ejecute durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma”.

A propósito de esta disposición la CS, ha dicho:

“Primero: Que la recurrente funda el recurso de nulidad formal que deduce en la causal del artículo 768 N° 5 del Código del Trabajo, pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170, en la especie, el haber sido pronunciada con omisión de lo establecido en el numeral quinto del artículo 458 del Código del Trabajo establecidos por la ley para su dictación, en este caso, las consideraciones de hecho y de derecho en las que se funda. En la especie, el requisito omitido se funda en la necesidad que lo juzgado y decidido se ciña, por un lado, al mérito de los antecedentes y elementos de convicción allegados al proceso y, por el otro, a la normativa vigente.

El tribunal está obligado a exponer y desarrollar los ratiocinios que motivan cada una de las conclusiones para que ellos sean conocidos de los litigantes y puedan hacer uso de sus derechos para impugnarlos. En la especie, estando frente a una denuncia por práctica desleal en el proceso de negociación colectiva, se requiere para que ella se configure, de acuerdo con lo anteriormente fallado por esta Corte que, se establezca la situación y que esta denote manifiestamente mala fe de su parte, dirigida precisamente, a imposibilitar que

la negociación colectiva se lleve a cabo de modo normal. Si la denuncia en este aspecto decía relación con la figura contemplada en la letra

□(c) del artículo □387 de

Trabajo, esto es, en que se condena como autor de prácticas desleales por acciones que revelen una manifiesta mala fe que impidan el desarrollo normal de la misma, no bastaba, como lo hizo el fallo que por esta vía se impugna, que solo estableciera la conducta – separación ilegal de trabajadores– sino que, además, debió calificar específicamente, que ella correspondía a una actuación de mala fe dirigida a impedir el normal curso del proceso de negociación colectiva, es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente; criterio que condice con la idea de que el ordenamiento jurídico nacional descansa en la presunción general de la buena fe, como lo reconoce, entre otras disposiciones legales, el inciso segundo del artículo □707 del Código Civil, probarse”⁵⁴⁸.

En base a esta doctrina, la CS ha resuelto que no basta con que se incurra en alguna de las figuras genéricas de práctica antisindical que describe el Código del Trabajo en los artículos □289, 290, 291,

práctica antisindical, ya sea en el proceso de negociación colectiva o fuera de él, se requiere probar que el que la ejecuta, ha actuado de mala fe.

Así ha dicho la CS:

- a) “Sexto: Que, por lo demás, cabe anotar que de la conducta establecida en la sentencia, no es posible presumir la mala fe de parte de la empresa denunciada y recurrente de autos, pues, ello atentaría contra uno de los principios que informan nuestro derecho – la buena fe– la que se presume, de modo que, para que pueda concluirse que una de las partes ha actuado de mala fe, necesariamente, deben consignarse los motivos que llevan a dicha conclusión. A lo anterior cabe agregar que tampoco constan las razones por las que dicha separación ilegal fue considerada como un impedimento para que el proceso de negociación colectiva se desarrollara normalmente, sobre todo si se tiene en consideración, que consta de los antecedentes que el contrato colectivo se firmó oportunamente”⁵⁴⁹.
- b) “Undécimo: Que en efecto, partiendo del principio general de nuestro ordenamiento y del cual no se sustrae la materia laboral, que la buena fe de los contratantes se presume y la mala debe ser probada por los medios legales, la insuficiencia de elementos para estimar concurrente aquella en las actuaciones de la empleadora que han sido cuestionadas, aparece de manifiesto para esta Corte, desde que los actos de que se trata adolecen de la relevancia necesaria para entenderlos como una practica antisindical.

Así se colige de la nula diferencia entre los bonos por término de conflicto con los que se benefició a los trabajadores no sindicalizados de los socios de la entidad respectiva si estos suscribían el pacto a una determinada fecha y aunque ella pudiera generarse con posterioridad, lo sería en virtud de condiciones específicas acordadas en una particular instancia e instrumento, en relación a determinados interlocutores,

⁵⁴⁸ Roles N° □08.31 N° □08.3CFF, “Hipermercado Alameda Limitada contra Inspección Comunal del Trabajo de Santiago”, 12 de marzo de 2009, ejemplar digital.

⁵⁴⁹ Rol N° □08.3CFF, “Hipermercado Alameda Limitada contra Inspección Comunal del Trabajo de Santiago”, 12 de marzo de 2009, ejemplar digital.

dotados ciertamente de poder de decisión al respecto, ámbito en el que surge la posibilidad cierta de divergencias, que por sí solas, dentro de lo razonable, impiden otorgarle los efectos que supuestamente buscaría la empresa al hacerlas”⁵⁵⁰.

2.2.2. Legitimados activos y acciones

A nuestro juicio estarán legitimados activamente para ejercer la acción de protección de la fuente del empleo, el sindicato negociador, el grupo de trabajadores que se han unido solo para los efectos de la negociación colectiva y, por cierto, los trabajadores de la empresa que no se encuentran involucrados en el proceso de negociación colectiva, pero que son afectados por el *lock-out*, puesto que sus contratos de trabajos han sido suspendidos, no teniendo derecho a remuneraciones, por todo el tiempo que dure el *lock-out*.

En cuanto a las acciones que se podrían intentar, pensamos que, a lo menos, se podrían explorar las siguientes:

2.2.2.1. Constitucionales

No pretendemos distinguir todas las acciones constitucionales posibles de ser, razonablemente, distinguidas. Nos concentraremos solo en las posibilidades de argumentación en favor de una eventual acción de protección constitucional (artículo ~~22~~ **22** de la

Como ya tuvimos la oportunidad de mencionarlo en el capítulo II, con fecha 26 de julio de 2011, el TC dictó una importante sentencia de inaplicabilidad inconstitucional, ampliando la comprensión de la garantía del N° ~~19~~ **19** de la Carta Fundamental.

La Constitución asegura a todas las personas, dice la aludida disposición, “16°. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

La sentencia de 26 de julio de 2011, viene a fijar institucionalmente una interpretación más completa de la norma en análisis. En síntesis, la *ratio decidendi* del fallo señala que la protección constitucional del trabajo del artículo ~~19~~ **19** de la Carta Fundamental no se limita solo a la libertad de elección de contratación laboral, sino que al trabajo considerado en sí mismo (como en cosa o bien jurídico en sí).

⁵⁵⁰ Rol N° ~~23097~~ **23097** CFO, “Banco París S.A. contra Inspección Provincial del Trabajo”, 23 de julio de 2009.

A partir de tal premisa, el fallo concluye que aquella parte del artículo 26 bis del Código del Trabajo, que alude a las esperas que les corresponde cumplir a los choferes y auxiliares del transporte rural colectivo de pasajeros entre turnos laborales sin realizar labor, lapsos que el precepto legal considera no imputables a la jornada de trabajo y cuya retribución o compensación se ajustará libremente al acuerdo entre las partes, es inaplicable en la gestión judicial en donde se promovió, por contravenir el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República.

Dice la sentencia:

“SEXTO: (...) En efecto, la protección constitucional del trabajo del artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental no se limita solo a garantizar la libertad de elección y de contratación laboral, sino que, al incluir la garantía constitucional el reconocimiento expreso de libertad de trabajo y su protección, la Constitución extiende la protección al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma en que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. En consecuencia, la Constitución también protege al trabajo propiamente tal, no consagrando el derecho al trabajo en términos generales, pero sí derechos que constituyen elementos fundamentales de este y pueden exigirse efectivamente del Estado (Luz Bulnes: “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, en Revista de Derecho Público N° 28, Universidad de Chile. Santiago, 1980, p. 215).

Luego:

“SÉPTIMO: (...) Por tanto, la garantía constitucional de libertad de trabajo y protección que declara el artículo 19 N° 16 de la Constitución reconoce que todo operario debe gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, lo que implica que pueda disponer de descanso adecuado y exista una limitación razonable de la duración del tiempo de trabajo, que le permita disfrutar de tiempo libre para compatibilizar sus obligaciones laborales con los otros aspectos de su vida”.⁵⁵²

Pues bien, a partir de esta comprensión completa de las garantías del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, estimamos que existen argumentos para explorar la posibilidad de otorgar acción de protección, cuando cumplidas las condiciones fácticas expuestas en la subsección anterior (desprotección fuente del empleo/mala fe), el ejercicio del

⁵⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, INA, Rol N° 10862A, 26 de julio de 2011, ejemplar digital.

⁵⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, INA, Rol N° 10862A, 26 de julio de 2011, ejemplar digital. La protección constitucional al trabajo humano, en el mismo sentido que el citado fallo ya había sido destacado por la Doctrina. Se ha dicho: “Esta protección supone reconocer que el trabajo es un atributo esencial de la persona, que se integra en su dignidad y patrimonio, y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y ampare”, v. IRURETA URIARTE, Pedro. “Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución”, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, 2006, p. 53.

derecho a *lock-out* afecta el trabajo, considerado en sí mismo como bien constitucional, de los trabajadores de la empresa que no están involucrados en la huelga.

En efecto, el ejercicio arbitrario o ilegal, abusivo y de mala fe del derecho a *lock-out*, ha significado que trabajadores no involucrados en el proceso de negociación colectiva, sufran privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad de trabajo y su protección.

A nuestro juicio la comprensión amplia o completa de la garantía del artículo 19 N° 16 de la Constitución, permite justificar que la acción de protección no se encontraría vedada en el caso propuesto, porque, además, la redacción del artículo 20 del mismo fundamental, la concede a todos los casos en que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales se sufra privación, perturbación o amenzada en el legítimo ejercicio del derecho y garantía establecido en el artículo 19 N° 16 en protección.

Dicha garantía implica la protección al trabajo considerado en sí mismo. La libertad de trabajo es inescindible de la subsecuente protección al trabajo considerado como bien en sí mismo. En efecto, la concepción de la protección del trabajo *in abstractum*, esto es, desacoplada de la idea que se trata de un actividad, no es correcta. El trabajo no es *una naturaleza muerta* o un objeto. Se trata de una actividad fundante de lo humano cuya progresiva protección a lo largo de la historia, en definitiva, es la historia de la búsqueda incesante del hombre por alcanzar mayores y mejores niveles de justicia y equidad. Porque una sociedad será más democrática, en la misma medida que profundice la protección de los derechos individuales y sociales. Y siendo el trabajo uno de los derechos sociales más trascendentales para la paz e integración, gran parte de la expansión de la democracia en la sociedad, depende del desarrollo de la protección jurídica del trabajo.

En el caso hipotético que hemos propuesto, trabajadores que no están involucrados en un proceso de negociación colectiva, se verán privados de su trabajo, por la acción arbitraria e ilegal, abusiva y de mala fe, de un empleador. El derecho en sí mismo a desarrollar una actividad valorada como derecho fundamental (trabajar), se habrá vulnerado ilegal e inconstitucionalmente, procediendo, en consecuencia, el restablecimiento del derecho.

Sería contradictorio con este orden de ideas, por consiguiente, configurar la libertad de

trabajo y la protección del trabajo sin, al mismo tiempo, proteger el derecho al trabajo, pues 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 la Constitución establece (v. inciso 4° del art. 1° de la CPR).

No se trata de asegurar jurídicamente que todos tendrán un trabajo en particular y específico, pero sí en cambio, que el Estado desarrollará una permanente y continua actividad tendiente a crear las condiciones para que las personas puedan realizarse. El trabajo, en su sentido más general, y nuestra CPR así lo entiende por lo demás, es uno de los principales medios de realización espiritual y material de las personas.

De lo expuesto se deduce, por tanto, que la garantía constitucional de libertad de trabajo y su protección implica la existencia y reconocimiento del derecho al trabajo, en términos tales que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que priven, perturben o amenacen su legítimo ejercicio.

2.2.2.2. Acciones legales

Al igual que respecto de las constitucionales, no pretendemos distinguir todas las acciones legales posibles de ser, razonablemente, distinguidas.

Nos enfocaremos brevemente en cuatro, a saber: acción de tutela, acción por práctica antisindical, acción de cobro de remuneraciones y acción de despido indirecto.

2.2.2.2.1. Acción de tutela laboral

Entre las acciones de tutelares de los derechos los derechos fundamentales que resguarda el artículo 48 de la Constitución, se haya la acción de tutela de la garantía contemplada en el artículo 19° N° 16 de la Constitución y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. Eventualmente podría intentarse, justificando que la garantía constitucional laboral que el artículo 485 del CT m libertad de trabajo y su protección.

Los fundamentos fácticos de la acción de tutela cuya causa de pedir sea la

invalidación de los efectos jurídicos del *lock-out*, en esencia, son los mismos que ya expusimos a propósito de la acción de protección, por consiguiente, no los reiteraremos y los daremos por reproducidos.

Interesa destacar que la acción tutelar tiene la enorme ventaja de considerar expresamente como parte de ella, las medidas que deberá ejecutar el empleador para reparar las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho fundamental, incluidas las indemnizaciones que procedan (N° ⁵⁵³ del artículo 495 del CT)

2.2.2.2. Acción por práctica antisindical

Puesto que la declaración del *lock-out* requiere que previamente los trabajadores hayan acordado la huelga y la hayan hecho efectiva, es que las acciones que tengan por fin obtener la ineficacia jurídica de aquel, deberán buscarse preferentemente entre las que contempla el Título VIII “De las prácticas desleales en la negociación colectiva y de su sanción”, del libro IV, artículos 387 a 390 bis del CT.

En particular se podría encuadrar el ejercicio abusivo y de mala fe del *lock-out*, en alguna de las siguientes figuras:

“Art. 387. Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos.

- b) El que se niegue a suministrar la información necesaria para la justificación de sus argumentaciones;
- c) El que ejecute durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma;
- d) El que ejerza fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva, y
- e) El que haga uso indebido o abusivo de las facultades que concede el inciso segundo del artículo 387 del Código del Trabajo para el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva.

Art. 388. Serán también consideradas prácticas desleales del trabajador, de las

⁵⁵³ Art. 495. La sentencia deberá contener, en su parte resolutive: 1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada; 2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492; 3. La indicación de la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código. En cualquier caso, el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada y se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales. Copia de esta sentencia deberá remitirse a la Dirección del Trabajo para su registro.

organizaciones sindicales o de estos y del empleador en su caso, las acciones que entorpezcan la negociación colectiva o sus procedimientos.

Especialmente incurren en esta infracción:

- a) Los que ejecuten durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la misma;
- b) Los que ejerzan fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas durante el procedimiento de negociación colectiva”.

2.2.2.2.3. Acción de cobro de remuneraciones

El artículo □377 del CT dispone que:

“Durante la huelga o el cierre temporal o *lock-out* se entenderá suspendido el contrato de trabajo, respecto de los trabajadores y del empleador que se encuentren involucrados o a quienes afecte, en su caso. En consecuencia, los trabajadores no estarán obligados a prestar sus servicios ni el empleador al pago de sus remuneraciones, beneficios y regalías derivadas de dicho contrato.

Durante la huelga o durante el cierre temporal o *lock-out*, los trabajadores podrán efectuar trabajos temporales, fuera de la empresa, sin que ello signifique el término del contrato de trabajo con el empleador.

Durante la huelga los trabajadores podrán efectuar voluntariamente las cotizaciones previsionales o de seguridad social en los organismos respectivos. Sin embargo, en caso de *lock-out*, el empleador deberá efectuarlas respecto de aquellos trabajadores afectados por este que no se encuentren en huelga”.

De lo expuesto se colige, que los trabajadores que no se encuentran en huelga, serán afectados directamente por el *lock-out*, pues se suspenderán sus contratos de trabajo. Estos trabajadores podrían intentar la acción ordinaria para exigir el cobro de sus remuneraciones, fundados en que la declaración de *lock-out* ha sido contraria a derecho y que, por tanto, ha sido ilegal la suspensión de sus contratos de trabajo.

2.2.2.2.4. Acción de despido indirecto

Por último, también es posible distinguir hipotéticamente la acción de despido indirecto que contempla el artículo □171 del CT, c
pago de sus remuneraciones constituye incumplimiento grave del contrato (art. 160 N° □7 del
CT), por cuanto el *lock-out* es ilegal, toda vez que ha sido declarado con el solo propósito de afectar la huelga, y no de proteger a la fuente del empleo.

2.3. Daño moral

Es en sede de juicio de indemnización por accidentes del trabajo, donde la discusión

sobre la determinación de la compensación del daño moral se presenta con mayor frecuencia en materia laboral. Últimamente, está adquiriendo también cierta relevancia en los juicios sobre vulneración de derechos fundamentales, puesto que el N° 3 del artículo 492 en forma expresa permite que se consideren los daños morales en la demanda, desde el momento que dispone que la sentencia deberá contener en su parte resolutive: “3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas indemnizaciones que procedan”.

En las otras áreas de la práctica judicial laboral que acaparan el mayor número de demandas, como son las por despido injustificado, el tema del daño moral se discute solo ocasionalmente, por la enorme influencia de la jurisprudencia reiterada de la CS en cuanto a que las indemnizaciones legales previstas para los despidos, cubren todos los perjuicios que podría dicho término haberle ocasionado al trabajador, incluidos los morales⁵⁵⁴.

El problema que distinguimos y que es común a toda clase de juicios indemnizatorios es el de la subjetividad de la determinación del daño moral en la práctica chilena y de la subsecuente conveniencia de racionalizar la evaluación del daño moral⁵⁵⁵.

Ha justificado Barros que la determinación del daño moral adolece en el derecho chileno de una radical subjetividad que es aceptada por jurisprudencia superior, para la cual la justipreciación del daño moral queda librado a cualesquiera apreciación de hecho que los jueces de la instancia estimen conveniente. Como es lógico, “esa asunción supone renunciar a todo criterio normativo”⁵⁵⁶, por cuanto el juez no estará obligado o sujeto al cumplimiento de reglas o normas sobre la materia, salvo las que sus propias creencias o concepciones le impongan para cuantificar monetariamente los daños morales.

En general, podría admitirse que, por imperativos de igualdad ante la ley, se precisa de mayor racionalidad en la determinación del daño moral, como una forma de control a la

⁵⁵⁴ Entre otros muchos fallos, CORTE SUPREMA, CFO, Rol N° 1073273 agosto de 2007, Cuadra Acevedo, Jeannette Andrea con Comercial Palm Beach S.A., ejemplar digital.

⁵⁵⁵ BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 3393

⁵⁵⁶ BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, *op. cit.*, p. 313.

radical subjetividad en el proceso de determinación del daño moral y su compensación.

Porque asimismo, el principio que la reparación del daño debe ser total, en el plano “teórico y práctico, puede estar muy cerca de un cumplimiento óptimo en el dominio de los daños patrimoniales. Pero en el campo de la indemnización de los daños extrapatrimoniales, como lo es el daño moral, la indemnización no puede tener carácter reparatorio, toda vez que “se carece de un denominador común para medir el daño y la reparación, que en el caso del daño patrimonial está dado por el valor de cambio del bien dinero”. Por lo mismo, “no es posible definir una suma de dinero que exprese el punto de indiferencia para la víctima entre recibir la indemnización o preservar tales bienes”⁵⁵⁷.

En estricto rigor, los daños morales no son reparables. Su función es más bien *compensatoria*: “la víctima recibe una indemnización que no pretende reestablecer el estado de cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas, que satisfagan su pretensión legítima de justicia y compensación por el mal recibido”⁵⁵⁸.

Si de lo que se trata, por tanto, es de compensar y no de reparar el daño moral, porque aquel *per nature* elude tal encuadramiento; y si, por otro lado, consideramos que la indemnización si es compensatoria no puede ser punitiva, entonces la evaluación del daño moral debe considerar las capacidades económicas del hechor o causante del daño, porque si la cuantía de la indemnización es de tal envergadura que las afecta gravemente, pierde su carácter compensatorio, pues en la práctica asumirá un carácter más punitivo que compensatorio.

2.3.1. Las circunstancias o condiciones económicas del hechor como criterio de racionalización en el proceso de evaluación del daño moral y su compensación

Como ya fuera expuesto por Fueyo Laneri⁵⁵⁹, la apreciación pecuniaria del daño no

⁵⁵⁷ BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, *op. cit.*, p. 312. Es que los daños morales, parte diciendo Barros, “son perjuicios incomensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor” (ibídem, p. 288). Porque en el patrimonio, los daños morales no pueden ser objeto de reparación. El dolor físico, la pérdida de autoestima por la desfiguración de un rostro, la deshonra a consecuencia de una difamación o la imposibilidad de disfrutar las alegrías ordinarias de la vida no son propiamente reparables, pues la indemnización no permite a la víctima volver al estado de cosas anterior al accidente” v. ibídem, pp. 301

⁵⁵⁸ BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁵⁹ FUEYO LANERI, Fernando. “Instituciones de derecho civil moderno”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 109.

puede quedar librada al arbitrio del sentenciador. La exigencia de racionalidad en el proceso de determinación monetaria de la compensación del daño moral, se predica del principio de igualdad así como de la idea misma de Derecho, que implican que el órgano que ejerce jurisdicción debe actuar en forma racional y conforme a parámetros previamente conocidos y aceptados por la comunidad.

No existe consenso sobre las condiciones que debe cumplir una decisión jurídica para ser considerada racional. Sin embargo, “en general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia”⁵⁶⁰.

La conveniencia de racionalizar la evaluación del daño moral, según Barros, obedece a razones de justicia, de utilidad y seguridad jurídica. En el plano de los principios de justicia, el postulado de la compensación equitativa de los daños no patrimoniales impone dos exigencias difíciles de cumplir, puesto que se deben armonizar criterios de cierta proporcionalidad entre el daño y la indemnización, por un parte, y criterios básicos de justicia formal objetivados en el principio de justicia, por la otra, “en cuya virtud a iguales daños le sean atribuidos indemnizaciones semejantes, con independencia de la condición de la víctima, porque no hay razón para que en la valoración del daño moral se atienda a su fortuna o posición social”⁵⁶¹.

Pero si las consideraciones sobre la fortuna o posición social de la víctima no jugarían un rol en la evaluación del daño moral, pensamos que sí, y al menos en el campo jurídico laboral, deberían jugar las circunstancias o condiciones económicas de la empresa obligada a responder pecuniariamente.

Pensamos que la consideración de las condiciones económicas de la empresa como

⁵⁶⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en: CARBONELL, Miguel. “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam/Cecoch/Librotecnia, 2010, p. □63.

⁵⁶¹ BARROS BOURIE, Enrique. “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, *op. cit.*, □317.

criterio de racionalización del proceso de evaluación de la compensación del daño moral, no será constitutivo de discriminación arbitraria en la medida que se justifique en función del principio de protección a la fuente del empleo.

Si, el monto de la indemnización por daño moral supera las posibilidades económicas y financieras de la empresa, poniendo en grave riesgo su conservación y desarrollo, entonces el monto de aquella debería morigerarse hasta una cuantía que no ponga en riesgo la fuente del empleo.

Las consideraciones económicas del hechor, como factor de modulación, morigeración o diferenciación de las cuantías de ciertas obligaciones nacidas por hechos ilícitos, no son del todo desconocidas en el ordenamiento jurídico chileno.

Al respecto podemos citar como ejemplo, el artículo 24 de la Ley N° 17.331 de protección de los derechos de los consumidores, cuando dispone en su inciso final que “para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor” (el subrayado es nuestro).

Otro ejemplo, a nuestro juicio, lo constituyen los artículos 505 bis a 506 del Código de Trabajo que regulan el monto de las multas por infracciones, o de las eventuales sustituciones de estas, en función del tamaño de la empresa medido por número de trabajadores. Como se recordará, los citados artículos del CT establecen multas menos costosas para las Pymes⁵⁶².

Resulta pertinente incorporar a esta argumentación, algunos pasajes de la historia fidedigna de las citadas disposiciones del CT.

Los artículos 505 bis a 506 del Código de Trabajo por la Ley N° 20.416, “Fija r D.O. del 3 de febrero de 2010.

⁵⁶² V. Cap. III, Subcapít. III, sec. 3.7.9.

En el Mensaje Presidencial, de 4 de enero de 2008, se justifica la imperiosa necesidad del proyecto para el desarrollo social y económico del país, señalándose que “la distribución de beneficios derivados de este desarrollo económico, sin embargo, no ha sido del todo equitativa, parte de ello debido a desigualdades en el acceso a oportunidades para emprender. En la actualidad, existen en Chile 721 mil empresas formales activas, esto es, inscritas en el Servicio de Impuestos Internos (SII) y con ventas positivas registradas en el año 2006, de las cuales un 79% corresponde a microempresas, un 17% a pequeñas empresas y un 2,5% a medianas empresas. No obstante esta alta participación en términos numéricos, este grupo de empresas, denominadas como Empresas de Menor Tamaño (EMT), aporta solamente al 15% del total de ventas de las empresas del país y su participación directa en las exportaciones nacionales no supera el 10% del total. En términos del empleo que generan, la información disponible lamentablemente es bastante menos exacta, con lo que la participación de estas empresas en el empleo total dependerá de la fuente y los supuestos utilizados. La información del SII para el año 2006, por ejemplo, indica que las empresas de menor tamaño aportan al 52% del empleo generado por el total de las empresas, siendo una estimación que por razones obvias no incluye a los trabajadores informales. Cuando se consideran otras estimaciones que sí los incluyen, tal como la encuesta CASEN, la participación de estas empresas en el empleo generado por el sector privado aumenta a un 68%. Luego, más allá de estas diferencias, destaca el hecho que las EMT inciden en forma significativa en el empleo nacional”⁵⁶³.

En síntesis tanto el Gobierno como los diversos sectores políticos del Congreso Nacional, estuvieron de acuerdo que debe protegerse a las Pymes porque estas, cifras más cifras menos, son la fuente del 68% del empleo en el país, aportando solamente al 15% del total de ventas de las empresas del país y teniendo una participación directa en las exportaciones nacionales que no supera el 10% del total.

El raciocinio político laboral legislativo que implica el proyecto es, en nuestra opinión, el siguiente: dado que el empleo decente es el medio institucional aceptado por el ordenamiento jurídico chileno como vehículo para la superación de la pobreza y alcanzar el desarrollo económico y social; y dado además que un porcentaje mayoritario del empleo es generado por las Pymes, es que entonces en Estado, en su rol de promotor del bien común

⁵⁶³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° para las empresas de menor tamaño”, p. <http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=2010> [consulta: 1 febrero 2012].

□20.416. Fija norma

(inciso 4° del art. 1° de la CPR), debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a las Pymes seguir dando empleos y en mejores condiciones retributivas; porque el empleo es uno de los medios más trascendentales para que, cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, puedan realizarse espiritual y materialmente (inciso 4° del art. 1° de la CPR).

Puesto que la realidad social y económica de las Pymes es difícil y asfixiante, mucho más que las condiciones que comúnmente se observa en las grandes empresas, es que, por tanto, deben ser tratadas de manera distinta, cuestión que está en armonía con el principio de igualdad que consiste, como lo ha resuelto el TC,

“en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o *standard* de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad (STC 1254, c. 46)”⁵⁶⁴.

Porque en efecto, lo que nuestra CPR prohíbe son las discriminaciones arbitrarias. Así, entre otros fallos también ha puntualizado el TC que:

“La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo” (STC 280, c. 24)”⁵⁶⁵.

“El principio de igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y diferentes entre quienes estén en circunstancias diversas. No es, por tanto, una igualdad absoluta y deben tomarse en cuenta las diferencias constitutivas de cada caso, ya que lo prohibido es la ‘discriminación arbitraria’, siendo esta una distinción no razonable entre personas (STC 219, c. 17)”⁵⁶⁶.

“Por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común (STC 811, c. 20) (en el mismo sentido, STC 1204, c. 19)”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (editores). “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)”, *op. cit.*, □ 83.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. □ 83.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. □ 83.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. □ 84.

Evidentemente que Ley N° 20.416, que “menor tamaño”, establece un conjunto de discriminaciones a favor de las denominadas, genéricamente, Pymes. Les otorga una serie de ventajas respecto de las grandes empresas. Ventajas comerciales, tributarias, sanitarias, ambientales, procesales y laborales. Pero se trata de ventajas razonables en función de su realidad económica-social y del bienestar general del país. No se trata de diferencias arbitrarias, sino plenamente justificadas por argumentos de bien común.

Porque, y volviendo a la jurisprudencia del TC:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada (STC 1217, c. 3) (en el mismo sentido, STC 1133, c. 17)”⁵⁶⁸.

Es plenamente constitucional, decíamos, que en nuestro ordenamiento jurídico se establezcan diferencias regulatorias para sujetos que están en posiciones desiguales. En esta perspectiva la aplicación del principio de protección a la fuente del empleo puede hacer grandes aportes a la igualdad ante la ley.

Una sentencia que fija como evaluación del daño moral una suma de dinero que probadamente supera toda posibilidad de pago de una Pyme, es una sentencia que vulnerará el principio jurídico laboral de protección a la fuente del empleo, porque el cumplimiento de aquella pondrá en grave riesgo la existencia de la empresa.

Estimamos no muy alejado de la realidad de las Pymes chilenas, el sostener que el

⁵⁶⁸ NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (editores). “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)”, pp. 84 y 85.

hipotético vaciamiento de bienes del patrimonio del hechor con el objeto de solventar el pago de la indemnización, en el contexto económico actual, cuando muchas veces no se pueden remotar tales mermas, tendrá el efecto de transformarse en un castigo desproporcionado, pues su cumplimiento, supondrá la destrucción económica del deudor. De compensatoria, por tanto, mutará a punitiva la indemnización en el caso propuesto, desvirtuándose los fundamentos jurídicos de la misma. Tornándose, por tanto, injustificada y discriminatoria.

Sin embargo, debe ser reconocido que existen fallos de la CS en donde expresamente se resuelve que es “contrario a la ley considerar la fortuna del autor del daño para aumentar o reducir la indemnización, como condición única de su determinación”⁵⁶⁹.

Diez Schwerter ha fundamentado que el juez “solo está obligado a atenerse a la extensión del daño sufrido por la víctima”, y no “a las capacidades económicas del ofendido o del agresor”⁵⁷⁰. Y agrega: “Sólo en casos excepcionales, indicados por la ley, no se sigue este principio, como ocurre, por ejemplo, con la reducción de la indemnización a que ordena el art. 2330 del Código Civil en caso de que la víctima se haya expuesto imprudentemente al daño, sea material o moral. Por lo que, no habiendo precepto legal de excepción, la reparación deberá abarcar exactamente todo el daño sufrido, ni más ni menos, con prescindencia de las capacidades económicas de las partes”⁵⁷¹.

A los argumentos de Diez Schwerter oponemos todos los ya expuestos, reiterando que, en tanto orientación general, no debe preterirse en la hermenéutica del derecho chileno, que el Estado debe promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (inciso 4º del art. 1º de la CPR). Racionalizar el proceso de evaluación de los daños morales invocando el principio de protección a la fuente del empleo no puede resultar incorrecto, porque su finalidad es proteger la fuente del empleo, para que, precisamente, el empleo se genere, conserve y desarrolle, toda vez que uno de los principales medios para la realización espiritual y

⁵⁶⁹ DIEZ SCHWERTER, José Luis. “El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, nota a pie de página 444, pp. 2354

⁵⁷⁰ *Ibíd*em, p. 256.

⁵⁷¹ *Ibíd*em, p. 257.

material de los integrantes de la comunidad nacional, es, por cierto, el empleo.

2.3.2. Elementos fácticos a considerar en el discurso y proceso jurídico que solicita la utilización del principio de protección a la fuente del empleo como elemento de racionalización de la evaluación del daño moral

El que pretenda la aplicación del principio de protección a la fuente del empleo como elemento de racionalización de la evaluación del daño moral en sede laboral, deberá alegarlo a su favor, justificándolo fáctica y jurídicamente.

Alegado que sea, deberá probar los presupuestos fácticos de aplicación del principio en el caso.

2.3.2.1. Alegación del principio de protección a la fuente del empleo

Se deberá demostrar fácticamente que la fijación de una determinada cuantía de indemnización de daño moral en la causa, pone en grave riesgo la existencia de la fuente del empleo.

Dicha demostración deberá exponer las razones económicas, financieras y comerciales que justifican que el pago de una indemnización de valor X pone en grave riesgo la existencia de la fuente de la empresa.

¿Qué significa poner en grave riesgo la existencia de la fuente del empleo?

En términos generales, puesto que se perfila mejor como un asunto casuístico, podemos sugerir, como una posibilidad de caso genérico no excluyente de otros, que la existencia de una fuente del empleo se pone en grave riesgo, cuando el pago de X indemnización la hará incurrir consecuentemente en el cese del pago de otras obligaciones, incluidas las laborales y previsionales de los trabajadores con contrato vigente.

Por lo expuesto, la fundamentación fáctica es una argumentación técnica, fácilmente objetivable, tanto cuantitativa como cualitativamente.

En cuanto a la argumentación jurídica, nos remitimos a las fundamentaciones que al respecto ya hemos presentado.

2.3.2.2. Prueba

Para que el principio de protección a la fuente del empleo tenga la oportunidad procesal de ser aplicado como criterio de racionalización en la evaluación de la cuantía del daño moral, deben ser probados sus fundamentos fácticos, a saber: el grave riesgo para la existencia de la fuente del empleo que tendría el pago de una indemnización de daño moral de X valor.

Por cierto que contribuirá a la prueba del grave daño, la circunstancia que, recibida que sea la causa a prueba, conforme dispone el N° □3) del artículo
la fuente del empleo sea un hecho a probar.

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y PROYECCIONES

En esta parte final presentaremos las conclusiones de nuestra tesis así como las proyecciones que puede llegar tener en la cultura jurídica laboral.

Nuestras conclusiones se referirán a la prueba o justificación de la hipótesis. Y las proyecciones, a su turno, guardarán relación con la influencia que nuestra tesis pudiera llegar a tener en la cultura jurídica laboral chilena, así como a los beneficios que se estima puede aportar a los fines generales del Derecho y del Derecho del Trabajo, en particular.

1. PRUEBA Y/O JUSTIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS: HIPÓTESIS PROBADA

Nuestra hipótesis dice:

- a) Que en el ordenamiento jurídico laboral chileno actualmente vigente existe un principio de protección a la fuente del empleo;
- b) Que dicho principio coexiste con el principio de protección al trabajador, y
- c) Que su aplicación permite solucionar casos en los cuales el principio de protección al trabajador o los principios que protegen el derecho de propiedad del empleador, pueden ser preteridos haciendolo pesar más que los otros en la resolución del caso.

El proceso de justificación de la hipótesis nos impuso el imperativo metodológico de inferir dogmáticamente los conceptos que componen el principio, a saber: principio, empleo y protección a la fuente del empleo.

Puesto que se trataba de una estructura normativa no distinguida expresamente antes por la doctrina o la jurisprudencia chilena, su constitución dogmática suponía distinguir en los enunciados normativos del ordenamiento jurídico laboral, no solo los elementos del principio en forma aislada, sino que también al mismo principio como unidad, concatenando tales elementos en una secuencia lingüística con el sentido jurídico suficiente como para enunciarlo.

En el capítulo IV, justificamos que el principio existe y que además puede ser utilizado en casos en los cuales la aplicación sin contrapeso del principio de protección al trabajador o de los derechos del empleador, puedan afectar gravemente la fuente del empleo que, por cierto, es la empresa.

El proceso de justificación de nuestra tesis se fue configurando en base a las siguientes

conclusiones:

I. El ordenamiento jurídico laboral chileno existen principios jurídicos laborales, porque expresamente se les ha mencionado en los enunciados normativos que lo componen; porque la jurisprudencia los considera parte del ordenamiento y los ha utilizado a título de *obiter dicta*, *ratio decidendi* o, incluso, *lex decisoria litis*; y porque, finalmente, son plenamente identificados por la doctrina.

La comprensión doctrinaria *iustlaboralista* chilena de los principios, mayoritariamente no concibe a los principios como normas jurídicas principales, sino que básicamente les reconoce una función informadora del Derecho del Trabajo. Puesto que lo informan, es que entonces le dan contenido asignándoles fines y funciones. Esta concepción suele resumirse diciendo que los principios cumplen una triple función, a saber: informadora, integradora e interpretativa. Bajo esta concepción, los principios no son considerados fuentes formales del derecho, salvo en casos de integración de la ley, y como fuentes supletorias que podrían ser reconducidas a la norma del artículo □24 del Código
de la legislación.

Bajo un criterio normativista estricto de comprensión de las fuentes del derecho, los principios podrían no ser catalogados como fuentes formales del derecho. Sin embargo justificamos que, si en esta materia variamos el enfoque y adoptamos un criterio de distinción argumentativo, y no estrictamente normativista, estaremos en condiciones teóricas de proponer un criterio más amplio e integrativo (*sensu largo*) de fuentes del derecho, cuya nota distintiva principal, es el definir las fuentes por ser razones para justificar una decisión jurídica. Así fue como, siguiendo a Aarnio, propusimos que fuente del derecho es toda razón que –de acuerdo a las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica– puede ser usada como base justificatoria de la interpretación.

II. La comprensión jurisprudencial de los principios, hoy por hoy, está muy cercana a la teoría que los concibe como normas jurídicas tipo mandatos de optimización. Dicha comprensión de los principios encuentra en la teoría de los principios de Alexy, su modelo más sofisticado.

La aplicación de los principios por parte de la jurisprudencia, por consiguiente, no ha supuesto la declaración de invalidez del principio o regla preterida, sino solo el reconocimiento mediante la elaboración de un juicio de ponderación, del menor peso que

tendría en la resolución del caso.

Dado que los principios son mandatos de optimización que persiguen fines y realizan funciones, los definimos como normas jurídicas que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales a existentes, los fines y funciones que el constituyente y el legislador le han puesto.

III. El ordenamiento jurídico laboral chileno no define la categoría jurídica empleo o trabajo. Sin embargo, es posible deducirla dogmáticamente: toda prestación de servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, en virtud de un contrato de trabajo, por cuyo efecto se recibe a cambio una contraprestación denominada remuneración; en el contexto de un mercado de trabajo regulado por el Código del Trabajo y sus leyes complementarias que reconocen una relación virtuosa entre calidad de empleo y desarrollo económico.

La definición presentada manifiesta una concepción del empleo comprometida con la función transaccional o integrativa del Derecho del Trabajo. Dicha concepción del empleo representa el momento actual del ordenamiento jurídico laboral chileno, el cual se encuentra orientado hacia el modelo de Estado social o promocional de derecho.

La función transaccional se manifiesta en el ordenamiento jurídico laboral chileno, porque se infiere de sus enunciados jurídicos que éstos se protegen no solo al trabajador, sino que también al empleo y a la fuente que lo produce o genera.

IV. A partir de una concepción que integra elementos patrimonialistas e institucionalistas, justificamos que la fuente del empleo es la empresa. Y que nuestro ordenamiento jurídico tiende a su protección situándola como un bien jurídico tutelado distinto del trabajador o de los intereses del empleador. Por esta razón, la aplicación del principio de protección a la fuente del empleo, puede significar preterir el principio de protección al trabajador o los derechos del empleador, por estimarse que en el caso es mejor para el bien común proteger la empresa.

En efecto, el ordenamiento jurídico laboral chileno, implícitamente, entiende que la relación entre empleo y fuente de empleo es circularmente virtuosa, en los siguientes términos: la protección de la fuente del empleo contribuye al mejoramiento cuantitativo y cualitativo del empleo, y la protección del empleo también contribuye al mejoramiento

cuantitativo y cualitativo de las fuentes del empleo.

Esta concepción es típicamente integracionista del conflicto entre capital y trabajo, aspira a reconducir la lucha de clases por cauces de intensidad política que permitan la reproducción material e ideológica de sociedad capitalista democrática, mediante la generación de mayores niveles de justicia social (igualdad material).

En este orden institucional la empresa laboral emerge como un bien jurídico tutelado, tan importante como el trabajador o los derechos de propiedad del empresario. La empresa pasa a ser así un bien que trasciende los intereses de las partes de la relación jurídica laboral. Se transforma en una especie de coto vedado que no puede ser perjudicado por la expansión sin medida de la protección al trabajador o al empresario, porque la empresa genera uno de los bienes sociales más escasos: el empleo que, por cierto, es el medio principal para conseguir que los integrantes de la comunidad nacional alcancen su mayor realización espiritual y material posible.

La posibilidad teórica y práctica de existencia de empleo depende de la existencia previa de una organización que lo demande. El empleo implica la existencia previa de una empresa. La empresa es la base de las relaciones laborales modernas. Sin empresas no hay empleo. Y al no haberlo, las posibilidades para conseguir que los integrantes de la comunidad nacional alcancen su mayor realización espiritual y material no serán las mejores.

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 Constitucionales.

En este orden de cosas, la protección del empleo y de la fuente que lo produce, son acciones estatales de promoción del bien común. El ordenamiento jurídico laboral no está en contradicción con esos fines, más bien, es la positivización de esos fines promocionales.

V. Estas dos grandes finalidades, protección al trabajador y protección a la fuente del empleo son, respectivamente, los fundamentos materiales de los dos grandes principios jurídicos inferibles de los enunciados normativos del ordenamiento jurídico laboral chileno, a saber: principio de protección al trabajador y principio de protección a la fuente del empleo.

Los principios jurídicos laborales son normas jurídicas laborales que ordenan que deba

realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los objetivos de protección del trabajador y de la fuente del empleo, y las funciones de equilibrio y regulación entre capital y trabajo que el constituyente y el legislador le han puesto.

El principio de protección a la fuente del empleo puede ser formulado en los siguientes términos: norma jurídica laboral que ordena que deba realizarse en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, los objetivos de protección a la fuente del empleo, y las funciones de equilibrio y regulación entre capital y trabajo que el constituyente y el legislador le han puesto.

VI. El principio de protección a la fuente del empleo es derecho positivo del trabajo, porque ha sido inferido de los enunciados normativos del ordenamiento jurídico laboral chileno.

La eficacia del principio de protección a la fuente del empleo es un hecho cuya constatación corresponderá hacerla en el futuro mediante investigaciones empíricas.

2. PROYECCIONES DE LA TESIS

Nos interesa destacar dos clases de proyecciones: jurídicas y de política jurídica laboral.

2.1. Proyecciones jurídicas laborales

El principio de protección a la fuente del empleo puede hacer grandes contribuciones tanto a la seguridad jurídica laboral como a la integridad del ordenamiento laboral.

2.1.1. Seguridad jurídica laboral

Mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia han comprendido el ordenamiento jurídico laboral como un orden gobernado exclusiva y unidireccionalmente por el principio de protección al trabajador.

Esta comprensión ha orientado la solución de los casos judiciales y administrativos, así como los debates teóricos que se han sostenido en la cultura laboral chilena, privilegiando la aplicación de los fines de protección al trabajador y desconociendo la existencia o surgimiento de otros fines tan decisivos o necesarios para la evolución económica y social del Estado de Derecho chileno, como la protección y fomento del empleo y la conciliación

dinámica entre trabajo y capital.

En este contexto, sin embargo, ha sido posible advertir que enfrentados los jueces a casos en donde la aplicación absoluta del principio de protección al trabajador habría significado daños irreparables a la fuente del empleo, estos han mostrado en algunos de sus fallos una cierta apertura hacia la relativización del principio de protección al trabajador, mediante la aplicación de la equidad o recurriendo a aplicaciones literalistas de la ley⁵⁷².

Estas dos formas de solución de los casos, pero sobre todo la equidad, tienen el problema de ser extremadamente subjetivas, pues no dimanarían de una estructura normativa general y comúnmente aceptada, y menos, se fundamentan en un proceso argumentativo racional que es, por cierto, la base de sustentación democrática de la jurisdicción. Este exceso de subjetividad puede generar incertidumbre y falta de confianza de la ciudadanía hacia la judicatura laboral, afectándose la seguridad jurídica.

En casos como los referidos previamente, la aplicación del principio de protección a la fuente del empleo puede proporcionar mayor seguridad jurídica laboral porque dimana de los enunciados jurídicos del ordenamiento, a diferencia, principalmente, de la equidad cuya fuente son las particulares creencias del sentenciador. En este contexto, pensamos que enfrentados los jueces a casos en donde la aplicación absoluta del principio de protección al trabajador puede llegar a significar daños irreparables a la fuente del empleo, recurrir a la aplicación del principio que la protege, será una mejor opción por ser una solución normativa, frente a la justificación del fallo en la equidad, que es una solución subjetiva y no controlable racionalmente.

⁵⁷² Un ejemplo de aplicación de la equidad en materia laboral fue el fallo de la CS, CFF, Rol N° ~~01.100~~ 13 de agosto de 2001, que limitó a seis meses el pago de las remuneraciones a favor de los actores, que se hubieren devengado con posterioridad al despido, con motivo de la aplicación del inciso 5° del artículo ~~162~~ 162 del CT (esto es, despido por no pago de las cotizaciones previsionales). La CS limita seis meses el lapso máximo de tiempo en que se generan esas remuneraciones sin que medie convalidación del despido, “en razón de una adecuada equidad y una mayor certeza jurídica, que hace aconsejable fijar a dicho plazo esta indemnización”. Posteriormente se dictó la Ley N° ~~0.294~~ 0.294, publicada en el D.O. de 07-07-2007, que “INTERPRETA EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 162 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, PRECISANDO SU SENTIDO Y ALCANCE EN LA SITUACIÓN QUE INDICA”, en cuya virtud expresamente se dice que “debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago al cual está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador le comunica al trabajador que ha pagado las cotizaciones morosas, con las formalidades indicadas en el inciso sexto de dicha disposición legal, sin perjuicio del plazo de prescripción señalado en el inciso tercero del artículo ~~480~~ 480 del mismo Código. Considerará para los efectos de la interposición de la respectiva demanda”. Vale decir, la Ley interpretativa aclaró que no existe límite de seis meses, como lo pretendió la CS, fundada en razones de equidad y seguridad jurídica.

2.1.2. Integridad del ordenamiento jurídico laboral

Hemos justificado que el ordenamiento jurídico laboral no solo persigue la protección del trabajador sino que también del empleo y su fuente. Y que su función principal es producir una conciliación entre capital y trabajo en la perspectiva de asegurar la producción y reproducción material e ideológica de la sociedad capitalista en la perspectiva del Estado Social de Derecho.

La integridad funcional del ordenamiento jurídico laboral se preserva en la misma medida que todos sus fines se desarrollan armónicamente. No interpretar sus normas en el sentido que también protegen a la fuente del empleo, privará al ordenamiento de la realización de uno de sus fines, restándole integridad. La correcta aplicación del principio de protección a la fuente del empleo, por consiguiente, debería contribuir a la preservación de la integridad del ordenamiento jurídico laboral chileno.

2.2. Proyecciones políticas jurídicas

La aceptación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de la tesis que postula un ordenamiento jurídico laboral chileno gobernado, básicamente, por el principio de protección al trabajador y el principio de protección a la fuente del empleo, puede incidir positivamente en la promoción del bien común, ya que orientará el ordenamiento hacia una regulación balanceada de los diversos intereses en juego, resguardando el empleo y, por tanto, contribuyendo al mismo tiempo a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

El desarrollo en la cultura jurídica laboral chilena de una comprensión del Derecho del Trabajo como un derecho bidireccional, dependerá en gran medida de la continuidad, volumen y cantidad de investigaciones jurídicas laborales que se realicen en esa línea. La Tesis que hemos presentado es un primer paso en esa dirección.

BIBLIOGRAFÍA

(citada y de referencia)

I. LIBROS, CAPÍTULOS DE LIBROS Y ARTÍCULOS EN REVISTAS JURÍDICAS

AARNIO, Aulis. “Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABBAGNANO, Nicola. “Diccionario de Filosofía”. México, Fondo de Cultura Económica, 4ª
1ª
Fornero, 2007.

□edic. en español
□reimp., traducción

ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst, DOEHRING, Karl. “El Estado Social”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ACKERMAN, E., Mario (director) y M. TOSCA, Diego (coordinador). “Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo II. La Relación individual de trabajo - I”. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

“Si son humanos no son recurso”. Buenos Aires, Hammurabi / José Luis Depalma Editor, 1996.

AGUILÓ REGLA, Josep. “Teoría general de las fuentes del Derecho”. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

ALARCÓN CABRERA, Carlos. “Las lógicas deónticas de Georg H. Von Wright”, en: Alicante, Doxa, N° □26, 2003.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1ª □edic., 5ª □reimp., 2006.

“Norma Jurídica”, en: GARZÓN VALDEZ, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (a cargo de la edición) “El Derecho y la Justicia”. Madrid, Editorial Trotta, 2ª □edic., 2000.

ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia / Cecoch / Unam, 2010, pp. 527

“Teoría de la argumentación jurídica”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª
□edic. de Manuel Atienza y Isabel Espejo, 2008.

“Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª
□edic., traducción Carlos Bernal Pulido, 2007.

ALONSO GARCÍA, Manuel. “Derecho del Trabajo”. Barcelona, José M. Bosh, 1960.

ALONSO OLEA, Manuel. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 4ª □edic., 1981.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Universidad de Madrid / Facultad de Derecho, 1989.

ARENAS POSADAS, Carlos. “Historia económica del trabajo (siglos XIX y XX)”. Madrid, Tecnos, 2003.

ARENDRT, Hannah. “La condición humana”. Buenos Aires, Ediciones Paidós, traducción Ramón Gil Novales, 2009.

ARISTÓTELES. “Ética Nicomaquea. Política”. México, Harla, 1990.

ATIENZA, Manuel. “Las razones del derecho. Teorías de la argumentación”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª □edic., reimp., 1993.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. “Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Barcelona. Ediciones Ariel, 2ª □edic., 4ª □reimp., 2007.

ATRIA, Fernando. “Lo que importa de los principios”, en: CARBONELL, Flavia, LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores). “Principios jurídicos. Análisis y crítica”. Santiago, Universidad Alberto Hurtado / AbeledoPerrot-LegalPublishing-Thomson Reuters, 2011

“El derecho y la contingencia de lo político”, en: Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho (26): 319, 2003.

“La ironía del positivismo jurídico”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho, (27): 81-139, 2004.

- AUSTIN, John. “El objeto de la jurisprudencia”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción y estudio preliminar Juan Ramón de Páramo Argüelles, introducción por H.L.A. Hart, 2002.
- BARBAGELATA, Héctor Hugo. “Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación”. Barcelona, Revistes Catalanes amb Accés Obert, IUS labor, N° □1, 2008.
- BARRERA PEDEMONTE, Loreto Alejandra. “El concepto de empresa en el Derecho del Trabajo”. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2004.
- BARRETO GHIONE, Hugo. “Derecho al empleo y Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Konrad-Adenauer Stiftung, 4, 2002.
- BARRIGA ERRÁZURIZ, Luis y GAETE BERRÍOS, Alfredo (Dirección). Colaboradores Juan Tapia C., Héctor Humeres M., Ismael Edwards I. y Jorge Edwards G. “Derecho del Trabajo”. Santiago, impreso en los talleres de la Imprenta y Litografía Leblanc Stanley y Urzúa, 1939.
- BARROS, Enrique. “La responsabilidad civil como derecho privado. Notas sugeridas por la reseña de C. Rosenkrantz al Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Estudios Públicos (112):317, primavera, 2008.

“Tratado de Responsabilidad Extracontractual”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

- BASSA MERCADO, Jaime. “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales”. Santiago, LexisNexis, 2008.
- BAYLOS, Antonio. “Derecho del Trabajo: modelo para armar”. Madrid, Editorial Trotta, 1991.
- BAYON CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio. “Manual de Derecho del Trabajo”. Madrid, Marcial Pons, 1978.
- BECK, Ulrich. “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”. Barcelona, Paidós, traducción Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás, 2006.
- BENAVENTE H., José Miguel (autor principal). “La dinámica empresarial en Chile (1999-2006)”. Santiago, Gobierno de Chile, Ministerio de Economía/ Fundes, Intelis, 2008.
- BENAVENTE H. y KÜLZER, S. “Creación y destrucción de empresas en Chile”, en: Estudios de Economía 2(35): 215-239, diciembre, 2008.
- BERDICHEWSKY, Bernardo. “Antropología Social: Introducción. Una visión global de la sociedad”. Santiago, LOM, 2002.
- BELMAR, Francisco. “El Estado social de Derecho en el Constitucionalismo nacional y comparado”. Pontificia Universidad Católica de Santiago, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 1986.
- BERMAN, Harold. “La formación de la tradición jurídica de Occidente”. México, 1ª □edic., 1ª □reimp., 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, En: CARBONELL, Miguel (coordinador). “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica”. Santiago, Librotecnia / Cecoch / Unam, 2010.

“Estudio introductorio”, en: ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª □edic., traducción y e LXXX.

“El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª □edic., 2007.

- BETTI, Emilio. “Las categorías civilísticas de la interpretación”, en: “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, traducción y prólogo por José Luis de los Mozos, 1975, pp. 623
- BEZANILLA BOLOÑA, Mauricio. “El marco conceptual del Estatuto Social de la Empresa”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI: 55-71, 1995.

“La participación de los trabajadores en la empresa según el ordenamiento legal chileno anterior al 3 de mayo de 1975”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIII: 199-208, 1989-1990.

-
- “La empresa en el orden jurídico-laboral. Apuntes para una introducción a su estudio”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XII: 91-107, 1988.
- BLACK’S LAW DICTIONARY. MN, THOMSON / WEST, Eight Edition, 2nd reprint, Bryan A. Garner editor in chief, 2007.
- BOBBIO, Norberto. “Contribución a la teoría del derecho”. Madrid, Editorial Debate, estudio preliminar y traducción Alfonso Ruiz Miguel, 1990.
- BÖCKENFORDE, Ernest Wolfgang. “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”. Madrid, Trotta, 2000.
- BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios”. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Introducción al Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 19ª edición, 2010.
-
- “¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo? Actualidad Laboral (34): 549, 19-25 septiembre 1994.
- BOSH, Gerhard, RUBERY, Jill y LEHNDORFF, Steffen. “Los modelos de empleo europeos, agitados por vientos de cambio”, en: Revista Internacional del Trabajo 126 (3-4): 285-314, 2007.
- BRONSTEIN, Arturo. “Derecho Internacional y Comparado del Trabajo. Desafíos actuales”. Madrid, Plaza y Valdés S.L. / OIT, traducción Mariano C. Melero, 2010.
- BULYGIN, Eugenio. “El papel de la verdad en el discurso normativo”. Alicante, Doxa, N° 26, 2003
- BUSNELLI, Francesco Donato. “Notas en temas de buena fe y equidad”, en: Revista Di Diritto Dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, (13): 99-121, 2002.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Manual de Derecho Penal. Parte general”. Barcelona, Editorial Ariel, 3ª edición, 1988c.,
-
- “Control social y sistema penal”. Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo. “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, en: Revista de Derecho Vol. XVIII, N° 1, julio, 2005.
-
- “Conciliación de trabajo y vida familiar. un análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo chileno”, en: Revista Derecho, (16): 59-82, 2004.
- “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII-2001 Semestre I: 276.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. “Compendio de Derecho Laboral”. Buenos Aires, Editorial Heliastra, 3ª edición, 2001.
- CARDOSO, Fernando Henrique y FOXLEY, Alejandro (editores). “A medio camino. Nuevos desafíos de la democracia y del desarrollo en América Latina”. Santiago, Colección Cieplan / Uqbar Editores, 2009.
- CARRIÓ, Genaro. “Notas sobre derecho y lenguaje”. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia. “La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales”, Madrid, Derecho Privado y Constitución, Núm. 17, enero-diciembre 2003, pp. 1003
- CASTEL, Robert. “Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado”. Buenos Aires, Paidós, traducción Jorge Piatigorsky, 2009.

- Editorial Jurídica de Chile, 1988. Ver capítulo V. Garantías constitucionales en el Estado Social de Derecho.
- CÉSPEDES, Luis Felipe y TOKMAN, Andrea. “Evolución del (des) empleo en Chile”. Santiago, Expansiva, en FOCO, N° 50, 2005.
- COLLINS, Hugh. “Legal Responses to the Standard Form Contract of Employment”, en: Industrial Law Journal 36 (1): 2-18, march, 2007.
-
- “The productive disintegration of Labour Law”, en: Industrial Law Journal 26 (4): 295-309, december, 1997.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Derecho laboral del siglo XXI”, *et al.*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. “Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente”. México, Fondo de Cultura Económica, 1ª, reimpresión, 2010.
- COWAN, Kevin, MICCO, Alejandro, MIZALA, Alejandra, PAGÉS, Carmen y ROMAGUERA, Pilar. “Un diagnóstico del desempleo en Chile”. Santiago, MINISTERIO DE HACIENDA CHILE / BID / CENTRO DE ECONOMÍA APLICADA DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL UNIVERSIDAD DE CHILE, 2003.
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. “La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano”. Santiago, LOM Ediciones, revisada, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. “El ordenamiento laboral en la Constitución Europea” en: ÁLVAREZ CONDE, Enrique y Vicente GARRIDO MAYOR (directores). “Comentarios a la Constitución Europea. Libro II Los derechos y las libertades”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 1999.
- CRUZAT, Ximena y TIRONI, Ana. “El pensamiento frente a la cuestión social en Chile”, en: Berríos Caro, Mario, *et al.*, “El Pensamiento en Chile: 1830-1910”. Santiago, Nuestra América Eds., 1987.
- DAUBLER, Wolfgang. “Derecho del Trabajo”. Madrid. Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- DAWSON, Christopher. “Historia de la cultura cristiana”. México, FCE, 2ª edición, traducción Hernández, 2006.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico. “Los principios generales del Derecho”, en: “Derecho Civil de España”, capítulo IV, Madrid, Civitas, 1984.
- DE LA CUEVA, Mario. “Derecho Mexicano del Trabajo”. México, Porrúa S.A., 1966.
- DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. “Fin del trabajo o trabajo sin fin”. En su: “Tratado latinoamericano de sociología del trabajo”. México, FCE, 1ª edición, reimp., 2003.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. “El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo” en: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores). “Los principios del Derecho del Trabajo”. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003, pp. 4303.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, GARCÍA BACEDAS, Gabriel y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. “Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales”. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2ª edición, 1991.
- DE LOS MOZOS, José Luis. “El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español”. Barcelona, Bosh, 1965.
- DEAKIN, Simon, LELE, Priya y SIEMS, Mathias. “Evolución del derecho laboral. Análisis comparado de algunos regímenes”, en: Revista Internacional del Trabajo 126 (3-4): 149-184, 2007.
- DEL VECCHIO, Giorgio. “Filosofía del Derecho”. Barcelona, 3ª edición, reimp., 1991.
-
- Los principios generales del Derecho”, Barcelona, Bosh, traducción y apéndice de Juan Osorio Morales, 1979.
- DIAMOND, Jared. “Colapso. Por qué unas sociedades perduran y otras desaparecen”. Barcelona, Debate / Random House Mondadori, traducción Ricardo García Pérez, 2008.
-
- “Armas, gérmenes y acero. Breve historia de la humanidad en los últimos trece mil años”. Barcelona, Debate / Random House Mondadori, traducción Fabián Chueca, 2008.

DIARIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. “Tratados internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos, con el patrocinio del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile”. Santiago, Diario Oficial de la República de Chile, dos tomos, 1999.

DÍAZ, Elías. “Sociología y filosofía del Derecho”. Madrid, Taurus, 2ª edición, reimp., 1993.

DÍAZ GUERRA, Franco. “Los principios del Derecho del Trabajo, su aceptación por la Corte Suprema entre enero de 2004 y diciembre de 2007 en Chile”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, 2008.

DÍEZ PICAZO, Luis. “La doctrina de los actos propios. Estudio sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Barcelona, Bosh, 1963.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis. “El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, nota a pie de página 444.

DWORKIN, Ronald. “Los derechos en serio”. Barcelona, Ediciones Ariel Derecho, 1ª edición, 8ª imp., traducción Marta Guastavino, 2010.

“El Imperio de la Justicia”. Barcelona, 1ª edición, 2ª reimp., traducción

EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. “La doctrina de los actos propios: el deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989.

ENGISCH, Karl. “La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales”. Granada, Editorial Comares, estudio preliminar, epílogo y traducción Juan José Gil Cremades, 2004.

ESCRIBAR MANDIOLA, Héctor. “Tratado de Derecho del Trabajo”. Santiago, Empresa Editora Zig-Zag S.A., 1944.

ESSER, Josef. “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”. Barcelona, Bosh Casa Editorial, traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol, 1961.

EXPANSIVA-UDP / INSTITUTO POLÍTICAS PÚBLICAS / CEP. “El Chile que viene. De dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”, *et. al.*, Santiago, EXPANSIVA-UDP / INSTITUTO POLÍTICAS PÚBLICAS / CEP, 2009.

FAJNZYLBBER, Eduardo y REYES, Gonzalo. “Dinámica del empleo juvenil: resultados preliminares con datos del seguro de cesantía”. Santiago, Expansiva, 2005.

FERMANDOIS V., Arturo. “Derecho Constitucional Económico”. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo II, 2010.

“Derecho Constitucional Económico”. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, 2006.

FINNIS, John. “Ley natural y derechos naturales”. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, traducción Cristóbal Orrego Sánchez, 2000.

FISCHL, Richard Michael. “Rethinking the tripartite division of american Work Law”, *en*: Berkeley Journal of Employment and Labor Law 28 (1):163-216, 2007.

FOURASTIE, Jean. “Les trentes glorieuses ou la revolution invisible de 1946 a 1975”. París, Artheme Fayard, 1975.

FRIEDEN, Jeffry A. “Capitalismo global. El trasfondo económico de la historia del siglo XX”. Barcelona, Crítica, traducción castellana de Juanmari Madariaga, 2007.

FRÖHLICH, Martin. “La reducción de la jornada (Kurzarbeit) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania”. Temas Laborales (105): 49-60, 2010.

FRÖHLICH, Martin y VELASCO PORTERO, María Teresa. “El régimen del despido en Alemania: los diferentes niveles de protección del trabajador según el tamaño del centro de trabajo”. Actualidad Laboral (15): 1757, septiembre 2010.

FUENZALIDA FAIVOVICH, Edmundo. “Derecho y Cultura Jurídica en Chile (1974-1999)”, *en*: FIX-FIERRO, Héctor (coord.), FRIEDMAN, M. Lawrence (coord.), PÉREZ PERDOMO, Rogelio (coord.). “Culturas jurídicas latinas en Europa y América en tiempos de globalización”. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 195-230.

FUEYO LANERI, Fernando. “Instituciones de derecho civil moderno”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990

GAETE BERRÍOS, Alfredo. "Tratado de Derecho del Trabajo Chileno", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

"Tratado del derecho de la seguridad social chilena", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

"Tratado del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.

"Principios Generales de Derecho del Trabajo". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951.

"Código del Trabajo (concordado y anotado). Leyes anexas y convenios internacionales ratificados por Chile". Santiago, Artes y Letras Impresores, 9ª edición, corregida y actualizada, Linares, 1950.

"Código del Trabajo-Anotado y concordado con jurisprudencia judicial y administrativa", Santiago, Ediciones Ercilla, 1939.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "Fundamentos de Derecho Laboral". Santiago, LexisNexis, 2008.

"Derecho Colectivo del Trabajo". Santiago, LexisNexis / ConoSur, 2002

"Introducción al Derecho del Trabajo". Santiago, Editorial Cono Sur, 1998.

GARCÍA COTARELO, Ramón. "Del Estado de bienestar al Estado del malestar (La crisis del estado social y el problema de la legitimidad)". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "Principios y positivismo jurídico". Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARCÍA PAREDES, María Luz. "Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo, instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia". CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Derecho laboral del siglo XXI". Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2007

GARCÍA-PELAYO, Manuel. "Las transformaciones del Estado contemporáneo". Madrid, Alianza Editorial, 1996.

GATICA, Jaime y ROMAGUERA, Pilar. "El mercado laboral en Chile: Nuevos temas y desafíos". Santiago, OIT, Oficina Subregional para el Cono Sur de América Latina, 2005.

GAYO. "Institutas". Buenos Aires, Abeledo-Perrot, traducción Alfredo di Pietro, 1997.

GORDON CHILDE, Vere. "Los orígenes de la civilización". México. Fondo de Cultura Económica, 21ª edición, reimp., Eli de Gortari, 1996.

GREZ TOSO, Sergio. "La cuestión social en Chile: ideas y debates precursores: (1804-1902). Santiago, DIBAM, 1997.

GRUPO DE LOS MIÉRCOLES, varios autores. ¿Constituyen una fuente formal?, "Treinta y seis estudios sobre las FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO", Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1995.

GUASTINI, Ricardo. "Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho". Barcelona, Editorial Gedisa, traducción Jordi Ferrer i Beltrán, 1999.

GUIBOURG A., Ricardo. "Fuentes del Derecho", en: GARZÓN VALDÉS y Francisco J. LAPORTA. "El derecho y la justicia". Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 197-217

HABERMAS, Jurgen. "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso". Madrid, Editorial Trotta, traducción Manuel Jiménez Redondo, 1998.

HALIN MUÑOZ, Fernando Andrés. "El recurso de unificación de jurisprudencia laboral". Santiago, Editorial Thomson Reuters Punto Lex, tomo II, 2010.

HANAU, Peter. "Los principios del Derecho del Trabajo posmoderno" en "El arbitraje laboral: los acuerdos de empresa: VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", OJEDA AVILÉS, Antonio (coord.). España, Tecnos, 1996.

HART, Herbert. "El concepto de Derecho". Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª edición, traducción Gerardo

"El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral", en: "Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis". Buenos Aires, Ediciones Depalma, traducción y nota preliminar de Genaro R. Carrió, 1962.

HARRIS, Marvin. "El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura". Madrid, Editorial Siglo XXI, 16ª edición, traducción Ramón Valdés del Toro, 2008.

- HAYEK, Friedrich A. "Derecho legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política". Madrid, Unión Editorial, 2006.
- HECKMAN, James y PAGÉS, Carmen (autores y compiladores). "Regulación y empleo. Lecciones de América latina y el Caribe". Santiago, edición especial en español CISS / CIEDESS, 2005.
- HEGEL, Guillermo Federico. "Filosofía del Derecho. Introducción de Carlos Marx". Buenos Aires, Editorial Claridad, 4ª edición, traducción de Francisco A. Méndez de Mendoza de Montero, publicada bajo la dirección de Benedetto Croce y G. Gentile, 1955.
- HELLER, Herman. "Teoría del Estado". México, Fondo de Cultura Económica, 2ª, 4ª reimpresión, traducción Luis Tobío, 2010.
- HIDALGO ACUÑA, Mario Esteban. "Chile ¿Estado Social de Derecho? Una propuesta progresista". Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 1996.
- HOBBSBAWN, Eric. "Las revoluciones burguesas. Europa 1789-1848". Madrid, Ediciones Guadarrama, 1964.
- HOPENHAYN, Martín. "Repensar el trabajo; historia, profusión y perspectivas de un concepto". Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, 2001.
- HYMAN, Richard y STREECK, Wolfgang (comps). "Nuevas tecnologías y relaciones industriales". Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción Elvira Cortés Pizano, 1993.
- INFANTE, Ricardo y SUNKEL, Guillermo. "Chile: Trabajo decente y calidad de vida familiar, 1990-2000". Santiago, OIT, 2004.
- IRURETA URIARTE, Pedro. "El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo", en: CARBONELL, Flavia, LETELIER, Raúl y COLOMA, Rodrigo (coordinadores). "Principios Jurídicos. Análisis y Crítica". Santiago, Universidad Alberto Hurtado / AbeledoPerrot-LegalPublishing Chile, 2011.
-
- "Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del art. 19 N° 16 de la Constitución", Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas, N° 9, 2006.
- "Empresa y personalidad jurídica", en Revista Persona y Sociedad XVI (3): 287-299, 2002.
- "Libertad de empresa: un caso de derecho comparado", Revista Persona y Sociedad XIV (3): 99-118, 2002.
- "Consecuencias jurídicas de un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en: Revista Laboral Chilena (8): 72-75, septiembre-octubre, 1992.
- JAVILLIER, Jean-Claude. "Manuel Droit Du Travail". Paris, L.G.D.J., 5ª edición, 1995.
-
- "Derecho del Trabajo". Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1982.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. "Tratado de Derecho Penal Tomo III El Delito". Buenos Aires, Editorial Losada, 2ª edición, 1958.
- KAHN-FREUND, Otto. "Trabajo y Derecho". Madrid, MTSS, 1987.
- KANT, Immanuel. "Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la ilustración?". En: MAESTRE A., J. ROMAGOSA (estudio preliminar y traducción). Qué es la ilustración. Madrid, Tecnos, 5ª edición, reimp., 2009.
- KAUFMANN, Arthur. "Hermenéutica y Derecho". Granada, Editorial Comares, "Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático", 2007. "Filosofía del derecho". Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, reimp., traducción Luis Villar Borda y Ana María, 1995.
- KELSEN, Hans. "Teoría pura del Derecho". México, Editorial Porrúa S.A., traducción Roberto J. Vernengo, 8ª edición, 1995.
- KÖHLER, Holm-Detlev y MARTÍN, Antonio. "Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales". Madrid, Delta Publicaciones, 2005.
- KROTOSCHIN, Ernesto. "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo". Buenos aires, Ediciones Depalma, 1968.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela. "Contrato individual de Trabajo". Santiago, LegalPublishing, 3ª edición, actualiz., 2009.

- LARENZ, Karl. "Metodología de la Ciencia del Derecho". Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1ª edición, 3ª reimp., 2009.
- LARIGET, Guillermo. "Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas jurídicas y unidad del derecho". Córdoba (Argentina), Alveroni Ediciones, prólogo Fernando Atria, 2006.
- LATAMENDIA, Francisco. "Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo". Madrid, Tecnos, 2009.
- LAZARSELD, Paul, JAHODA, Marie y ZEISSEL, Hans. "Los parados de Marienthal: sociografía de una comunidad golpeada por el desempleo". Madrid, Las Ediciones de la Piqueta, 1996.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. "Naturaleza y dimensiones del *Stare Decisis*". En: Revista Chilena de Derecho 3 (1º): 119, 2006.
- LEROI-GOURHAN, Andre. "El gesto y la palabra". Venezuela, Ediciones de la Universidad Central de Venezuela, traducción Felipe Carrera D., 1971.
- LETAMENDIA, Francisco. "Estructura política del mundo del trabajo: fordismo y posfordismo". Madrid, Tecnos, 2009.
- LEWIN, Robert and FOLEY, Robert A. "Principles of human evolution". Oxford, by Blackwell Science Ltd by Blackwell Science Ltd, 2004.
- LLANOS MANSILLA, Hugo. "Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y fuentes Tomo I". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Diego. "La empresa como unidad económica". Santiago, LexisNexis, 2010.
-
- "Pequeñas empresas y legislación laboral: ¿son necesarias normas especiales?", en: Revista Laboral Chilena 156 (5): 67-71, mayo, 2007.
- "Flexibilidad laboral: Bases para un acuerdo social posible". Santiago, Expansiva, 2005.
- "Derechos, Trabajo y Empleo". Santiago, LOM, 2004.
- "¿Derecho del Trabajo o Derecho del Empleo? La nueva función de la legislación laboral y la reducción de los derechos laborales. Maracaibo, Universidad de Zulia, Gaceta Laboral, enero-abril, enero / abril, año / vol. 10, número 001, 2004.
- "La reforma Laboral como instrumento de una política de empleo", en: Revista Laboral Chile 114 (2-3): 62-72, febrero-marzo, 2003.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. "El derecho de los jueces". Bogotá, Legis / Universidad de los Andes, 2ª edición, 2006.
- LÓPEZ ONETO, Marcos Eduardo. "La flexibilidad laboral chilena como adaptación estructural del sistema jurídico laboral al entorno mediante la generación del principio de protección de la fuente del empleo", tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999.
- LOYSEAU, Charles. "A Treatise of Orders and Plain Dignities". New York, Cambridge University Press, 2007.
- LUHMAN, Niklas. "La sociedad de la sociedad". Barcelona, Herder / Universidad Iberoamericana, traducción Javier Torres Nafarrate, 2007.
-
- "El derecho de la sociedad". México, Herder / Universidad Iberoamericana, 2ª edición, traducción Javier Torres Nafarrate y colaboradores, 2005.
- LYON-CAEN, Antoine. "El Derecho del Trabajo y la libertad de empresa", en: Relaciones Laborales I:355-364, 2002.
- MACCHIAVELLO, Guido. "Derecho del Trabajo. Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas. Tomo I". Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. "El Derecho del Trabajo ante el futuro: problemas y perspectivas", en: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Derecho laboral del siglo XXI". Madrid, Centro de Documentación Judicial, 2007, pp. 51-81.
- MANSON, Manuel. "Filosofía del Derecho". Santiago, Ediciones Jurídicas Olejnik, 2003.
- MARÍN VALLEJO, Urbano. "Notas sobre el rol de la Corte Suprema en la aplicación de las leyes laborales", en:

Revista Laboral Chilena (7): 61-70, julio, 1999.

MARTÍN RIVERA, Lucía. “El despido objetivo por necesidades de la empresa”. Madrid, Editorial Reus, 2008.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo. Planteamiento teórico y algunos ejemplos”. En: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores). “Los principios del derecho del trabajo”. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2003.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Derecho del Trabajo”. Madrid, Tecnos, 19ª edición, 2008.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law”. La Coruña. Netbiblo, 2010.

“Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana”. La Coruña, Editorial Netbiblo, 2007.

MARX, Karl. “El Capital”. México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, 2009.

edic., 5ª reimpr., tr

“Contribución a la crítica de la economía política”. México, Siglo XXI Editores, 9ª edición, 2008.

edic., 2008.

MARX, C. y ENGELS, F. “Obras escogidas en tres tomos”. Moscú, Editorial Progreso, Tomo I, 1976.

MASCAREÑO, Aldo. “Sociología del derecho (chilena y latinoamericana)”. Santiago, Revista Persona y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado, Vol. XVIII, N° 2, 2004.

MATURANA R., Humberto y VARELA G., Francisco. “El árbol del conocimiento”. Buenos Aires, LUMEN / Editorial Universitaria, 1ª edición, 2003.

MAURACH, Reinhart. “Derecho Penal. Parte general 1 Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible”. Buenos Aires, Editorial Astrea, actualiz. por Heinz Zipf, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, 1994.

edic. alemana por

MAZEAUD, Antoine. “Droit du travail”. París, Montchrestien, 4ª édition, 2004.

McPHERRON, Shannon P.; ALEMSEGED, Zeresenay; W. MAREAN, Curtis; G. WYNN, Jonathan; REED, Denné; GERAADS, Denis; BOBE, Rene & A. BÉAARAT, Hamdallah. “Evidence for stone-tool-assisted consumption of animal tissues before 3.39 million years ago at Dikika, Ethiopia”, en: NATURE, Vol. 466,12 August, 2010, doi:10.1038 / nature09248, pp. 857-860.

MELIS VALENCIA, Christian. “Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales”. Santiago, LegalPublishing-AbeledoPerrot, 2009.

MELLER, Patricio. “Un siglo de economía política chilena (1890-1990)”. Santiago, Editorial Andrés Bello, 3ª edición, 2007.

edic.,

MICCO, Alejandro y PAGÉS, Carmen. “The economics of employment protection: evidence from international industry-level data”. Washington D.C., Inter-American, Development Bank, 2007.

MILLAS, Jorge. “Idea de la individualidad”. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2ª edición, prólogo de Carla Cordua, 2009.

edic., prólogo de

MINARD HUET, Jacqueline. “Índice bibliográfico de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Memoria para optar grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1966.

MIÑAMBRES PUIG, César. “El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción”, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Tesis Doctorales, 1985.

MITCHELL, Richard y ARUP, Christopher. “Dal diritto del lavoro al diritto del mercato del lavoro”, en: DIRITTO delle RELAZIONI INDUSTRIALI XVIII(2): 293-310, 2008.

MIZALA, Alejandra; ROMAGUERA, Pilar. “Flexibilidad laboral, sector informal y fuerza de trabajo secundario. Santiago, CIEPLAN, 1995.

MOLINA HERMOSILLA, Olimpia. “La dimensión jurídica de la política del empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática”. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Premio Tesis Doctoral, 2004.

MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. "La invención del derecho privado". Buenos Aires, Siglo del Hombre Editores, estudio preliminar Carlos Morales de Setién Ravina, 2006.

MONEREO PÉREZ, José Luis. "La política Europea de 'modernización' del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora". Revista de Derecho Social (48): 13-38, octubre-diciembre, 2009.

"Crisis de la modernidad y Cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en: Revista Española de Derecho del Trabajo (144):793-862, octubre-diciembre, 2009.

"Defensa del Estado Social de Derecho. La teoría política de Herman Heller". Barcelona, Ediciones El Viejo Topo, 2009.

"Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social". Derecho Laboral, XIV (203):429-499 julio-setiembre, 2001.

"Estudio Preliminar", en: RIPERT, George. "Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno". Granada, Editorial Comares, traducción José Quero Morales, 2001, p. CXXII.

"La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo", en Revista Española de Derecho del Trabajo (96):489-518, julio-agosto, 2009.

"Introducción al nuevo Derecho del Trabajo". Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

MONEREO PÉREZ, José Luis y FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio. "Para una crítica del modelo de flexiseguridad liberal: flexiseguridad y garantismo jurídico-social" (primera parte). Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral (206): 9-35, 2008.

MONTENEGRO, Claudio E. y PAGÉS, Carmen. ¿Quién se beneficia de las Regulaciones al Mercado del Trabajo en Chile? Chile, 1960-1998, en: HECKMAN, James y PAGÉS, Carmen (autores y compiladores). "Regulación y empleo. Lecciones de América latina y el Caribe". Santiago, edición especial en español CISS / CIEDESS, 2005.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El Derecho del Trabajo ante las crisis económicas", en: CAMPS RUIS, Luis Miguel, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás. "Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo". Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 421 2010.

"Derecho del Trabajo". Madrid, Tecnos, 29ª edic., 2008.

"La buena fe en materia laboral". Madrid, Tecnos, 2001.

"Derecho y trabajo". Madrid, Editorial Civitas, 1997.

"Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1973-1978)", Madrid, Editorial Civitas, 1992.

MORANDÉ, Felipe y FLORES, Miguel. "Determinantes del empleo y diferencias sectoriales". Santiago, Expansiva, 2005.

MORESO, Juan José. "Conflictos entre principios constitucionales", en: "Neoconstitucionalismo (s)". Madrid, Editorial Trotta, 2003

"El encaje de las piezas del derecho. Partes I y II". Isonomía (14-15), abril-octubre, 2001.

MORIN, Marie-Laurie. "El Derecho del Trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa". Ginebra, Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 124, núm. 1, 2005.

MORRIS, James Oliver. "Las elites, los intelectuales y el consenso: estudio de la cuestión social y del sistema de relaciones industriales de Chile". Santiago, Ed. del Pacífico, 1967.

MUNDLAK, Guy. "Derecho al trabajo". Conjugación derechos humanos y políticas de empleo". Ginebra, Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 126, núms. 3-4, 2007.

NAGEL, Ernest. "La estructura de la ciencia". Barcelona, Paidós, traducción Néstor Miguez, 2006.

NASH ROJAS, Claudio. "La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica". México, Fontamara, 2010.

NASH TORRES, Joaquín. "Principios doctrinarios básicos que deben inspirar una moderna legislación laboral", en: Revista Jurídica del Trabajo 501(2-3): 55-57, septiembre, 1984.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (editores). "Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)". Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 45, 2011.

- NINO SANTIAGO, Carlos. "La validez del derecho". Buenos Aires, Editorial Astrea, 1ª edición, 3ª reimp., 2006.
-
- "Introducción al análisis del derecho". Buenos Aires, Editorial Astrea, 2ª edición, 7ª reimp., 1995.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", En: CARBONELL, Miguel (coordinador). "El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica". Santiago, Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam / Cecoch / Librotecnia, 2010.
-
- "Dogmática Constitucional". Talca, Editorial Universidad de Talca, 1997.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. "Instituciones Políticas y Teoría Constitucional. Tomo I". Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001.
- NONET, Philippe y SELZNICK, Philip. "Law and Society in Transition: Toward Responsive Law". New Jersey, con una nueva introducción a cargo de Peter Kagan, Transaction Publishers, 2001.
- NOUGIER, Louis-René. "La prehistoria". En: PARIAS, Louis-Henri. "Historia General del Trabajo". México, Tomo I, Ediciones Grijalbo, traducción Joaquín Romero Maura, 1965.
- OIT. "Chile. Superando la crisis. Mejorando el empleo. Políticas de mercado de trabajo 2000-2005". Santiago, OIT, 2006.
- OIT. "Enfrentando la crisis mundial del empleo. La recuperación mediante políticas de trabajo decente. Memoria del Director General". Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Informe I (A), 2009.
- OIT. "Global employment Trends-Update". Ginebra, OIT, 2009.
- OIT. "Guía sobre los nuevos indicadores de empleo de desarrollo del milenio. Incluido el conjunto completo de indicadores del trabajo decente". Ginebra, OIT, 2009.
- OIT. "Políticas de empleo en Chile y América Latina. Seminario en honor de Víctor E. Tokman". Santiago, OIT, 2003.
- OIT. "Tendencias mundiales del empleo 2012". Ginebra, OIT, 2012.
- OIT. "Tendencias mundiales del empleo enero 2009". Ginebra, OIT, 2009.
- OIT. "The labor Principles of the United Nations Global Compact" A guide for business". Geneve, OIT, 2008.
- OIT y SERCOTEC. "La situación de la micro y pequeña empresa en Chile- 2010". Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2010.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. "La deconstrucción del Derecho del Trabajo. Madrid, La Ley / Grupo Wolters Kluwer, 2010.
- ORTIZ LETELIER, Fernando. "El Movimiento Obrero en Chile (1891-1919)". Santiago, LOM, 2005.
- PAGÉS, Carmen y MONTENEGRO, Claudio E. ¿Quién se beneficia de las regulaciones al Mercado de Trabajo? Chile, 1960-1998", en: HECKMAN, J. James y PAGÉS, Carmen (editado por). "Regulación y Empleo. Lecciones de América Latina y el Caribe". Santiago, Edición especial español CISS y CIEDESS, 2005.
- PALAVECINO, Claudio. "Los principios del Derecho del Trabajo". Santiago, Separata Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2008.
-
- "El concepto de Empresa y su problemática", en: Revista Laboral Chilena 168 (7): 80-85, julio, 2008.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho del Trabajo en España (1873-1923)". Madrid, Editorial Tecnos, 6ª edición, 2002.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. "Derecho del Trabajo". Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 16ª edición, 2008.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (coordinadores). "Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria". Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006.
- PALOMO VÉLEZ, Rodrigo. "El rol de los principios en la aplicación del Derecho del Trabajo. Antecedentes conceptuales sobre el estado del arte en Chile, en: Revista Laboral Chilena 11 (161): 59, noviembre, 2007.

“Los Principios del Derecho del Trabajo. Cuestiones de la Teoría Tradicional y Planteamiento de Nuevos Problemas”, en: Revista Laboral Chilena 6 (147): 48, junio, 2006.

PARIAS, Louis-Henri (dirigida). “Historia General del Trabajo”. México, Ediciones Grijalbo, tomo III, 1965.

PASCO COSMOPOLIS, Mario. “La norma más favorable: su determinación”. Ponencia oficial presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, convocado por la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, 9 al 13 de abril de 1989.

PECES BARBA, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general”. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 1999.

“Los valores superiores”. Madrid, Tecnos, 1984.

PECZENIK, Aleksander. “Principles of Law. The Search for Legal Theory”. Rechtstheorie (2), 1971.

“Dimensiones morales del derecho”. Doxa (8) 1990.

“Los principios jurídicos según Atienza y Juan Ruiz Manero”. Doxa (12) 1992.

PEÑA TORRES, Marisol. “Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la Democracia”. Santiago, Tribunal Constitucional, N° 47, 2011.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. “Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edic., 2008.

PÉREZ BOTIJA, Eugenio. “Curso de Derecho del Trabajo”. Madrid, Editorial Tecnos, 5ª edic., 1957.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “Aporías de la negociación colectiva europea”, en: Revista Jurídica de Catalunya (2): 344-368, 2006.

(director). “Libertad de empresa y Relaciones Laborales en España”. Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005.

“Descentralización productiva y libertad de empresa”, en: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco *et al.*, “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 181-220.

“El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea”. Madrid, Civitas, 1994.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco y THIBOULT ARANDA, Javier. “La visión del empresario laboral”, en: CAMPS RUIZ, Luis Miguel, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel y SALA FRANCO, Tomás (coordinadores). “Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 180, 2010.

PÉREZ YÁÑEZ, Rosa. “Medidas laborales de política de empleo”, en: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (director), CALVO GALLEGOS, F. Javier y MORALES ORTEGA, José Manuel (coordinadores). “Lecciones de Derecho del Empleo”. Madrid, Tecnos, 2ª edic., 2006, 413

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edic., 1998.

“Los principios del Derecho del Trabajo ¿constituyen una fuente del derecho?”, en: “Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho del Trabajo”. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

(Coord.) “Los principios del Derecho del Trabajo en la perspectiva de la integración regional”. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

“Los Principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª edic., 1990.

PLATÓN. “Obras completas”. Madrid, Aguilar, 1966.

PODETTI, Humberto. “Un destino para el Derecho del Trabajo”, en “Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al prof. Héctor-Hugo Barbagelata”. Montevideo, 1997.

“Los principios del Derecho del Trabajo”, en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords). México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, UNAM, 1997.

POPPER, Karl R. “La lógica de la investigación científica”. Madrid, Editorial Tecnos, traducción Víctor Sánchez de

- Zavala, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. "Justicia constitucional y derechos fundamentales". Madrid, Editorial Trotta, 2003.
-
- "Sobre principios y reglas. Problemas de razonamiento jurídico". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- PUIG BRUTAU, José. "Estudios de derecho comparado: La doctrina de los actos propios". Barcelona, Ariel, 1952.
- QUINTANA BRAVO, Fernando. "Interpretación y argumentación jurídica". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- RAE, "Diccionario de la lengua española". Madrid, 21ª edición, 1992.
- RAMÍREZ BOSCO, Luis, SALA FRANCO, Tomás y RASO DELGUE, Juan. "El Derecho del Trabajo, en: ACKERMAN Tomo I Teoría General del Derecho del Trabajo". Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005. □E., Mario (Directo
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. "La flexiguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria". Actualidad Laboral (20): 24-39, noviembre 2009.
- RAMOS ZINCKE, Claudio. "La transformación de la empresa chilena". Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2005.
- REINECKE, Gerhard y FERRADA, Christian. "Creación y destrucción de empleo en Chile: análisis de datos longitudinales de la ACHS". Santiago, ACHS/OIT Oficina Subregional para el Cono Sur de América Latina, 2005.
- REPERTORIO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIAS CHILENAS. "Código del Trabajo y Leyes Complementarias". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2002.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro. "Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional", en: UNIVERSIDAD DE CHILE Facultad de Derecho. "Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional". Santiago, Fundación Facultad de Derecho, 2001.
-
- "La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo", ejemplar fotocopiado.
- RICKERT, Heinrich. "Teoría de la definición", México, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, traducción de Luis Villora, 1960.
- RIFKIN, Jeremy. "El fin del trabajo". Buenos Aires. Paidós, 1997.
- RIPERT, George. "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno". Granada, Editorial Comares, traducción del profesor José Quero Morales, estudio preliminar José Luis Monereo Pérez, 2001.
- RIVANO, Juan. "Lógica elemental". Santiago, Editorial Universitaria, 6ª edición, 1999.
- ROBLES, Gregorio. "Hart: algunos puntos críticos", en: Doxa, 21 (II): 376, 1998.
- RODRÍGUEZ, Darío y ARNOLD, Marcelo. "Sociedad y teoría de sistemas". Santiago, Editorial Universitaria, 1992.
- RODRÍGUEZ, Jorge L. "Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a A. G.H. Von Wrigth". Alicante, Doxa, N° 26, 2003.
-
- "Lógica de los sistemas jurídicos". Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, prólogo Eugenio Buligyn, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel. "Editorial. Las transiciones en el mercado de trabajo". Relaciones Laborales (13): 1-11, 2010.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel (director), CALVO GALLEGOS, F. Javier y MORALES ORTEGA, José Manuel (coordinadores). "Lecciones de Derecho del Empleo". Madrid, Tecnos, 2ª edición, 2000.
- ROJAS MIÑO, Irene. "Publicaciones en Revistas Periódicas en las disciplinas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Talca, Universidad de Talca, Cursos de Programa de Magíster, Facultad de Derecho, 2010.
-
- "Manual de Derecho del Trabajo. Derecho individual", Santiago, LexisNexis, 2004.
- "El peculiar concepto de empresa para efectos jurídicos laborales: implicancias para la negociación

- colectiva” en: *Ius et praxis* 7(2): 409-422, 2001.
- ROJAS MIÑO, Irene y AYLWIN CHIORRINI, Andrés. “Los grupos de empresas en el derecho chileno del Trabajo”. Santiago, Legal Publishing, 2ª edición, 2007.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro. “La discriminación judicial como nuevo error *decisorio litis* en el proceso chileno”. En: *Revista Chilena de Derecho* 38 (2º): 342, 2011.
-
- “La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y BARAHONA GONZÁLEZ, Jorge. “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”. Revista Ius et Praxis año 14 (1º): 225-259, 2008.
- ROSANVALLON, Pierre. “La nueva cuestión social”. Buenos Aires, Ediciones Manantial, 1995.
- ROSAS GONZÁLEZ, Antonio. “Pautas y procesos de evolución en el linaje humano”, en: SOLER, Manuel (coord.). “Evolución: la base de la biología”. Madrid, Proyecto Sur, 2002.
- ROSS, Alf. “Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas”. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª edición, 1997. □reimp., traducción del alemán, notas y estudio preliminar de José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada García y Pablo López Pietsch, 2007.
- ROTHSTEIN, Mark. A., CRAVER, Charles B., SCHROEDER P., Elinor and SHOBEN, Elaine W. “Employment Law”. MN, Thomson West, 2004.
- ROXIN, Claus. “Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Madrid, Editorial Civitas, traducción de la 2ª edición de Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 1ª edición (en Civitas), reimp., 2001.
- RUBIO, Mauricio (con la colaboración de Ana María Arjona). “Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- RUIZ MATEOS, Alfonso. “Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo”. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- RUIZ SANZ, Mario. “Sistemas jurídicos y conflictos normativos”. Madrid, Universidad Carlos III-Editorial Dyckinson, 2002.
- RUIZ-TAGLE, Pablo. “Orden público económico, subsidiariedad y la alternativa democrática”, en: CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. “La república en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano”. Santiago, LOM Ediciones, 1ª edición, 2007. □edic. revisada, 2007, pp. 323
-
- “Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la Constitución chilena”, en: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Justicia Constitucional y derechos fundamentales”, Santiago, LexisNexis, 2006, pp. 69-128.
- “Principios constitucionales y Estado empresario”, en: *Revista de Derecho Público Universidad de Chile* (62):48-65, 2000.
- SAGARDOY, Juan Antonio. “Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo”. Madrid, ACARL, 1989.
- SALA FRANCO, Tomás, ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis, GARCÍA NINET, Ignacio y LÓPEZ GANDIA. “Derecho del Trabajo”. Valencia, Tirant lo Blanch, 11ª edición, 1999
- SALAZAR, Gabriel y PINTO, Julio. “Historia contemporánea de Chile”. Santiago, LOM editores, 10ª edición, 2010. □reimpr., 5
- SALAZAR UGARTE, Pedro. “La democracia constitucional, una radiografía teórica”. México, Instituto de Investigación Jurídica, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- SANTAMARÍA, Javier. “Los valores superiores en la jurisprudencia del tribunal constitucional. Libertad, justicia, igualdad y pluralismo político”. Madrid, Editorial Dykinson / Universidad de Burgos, 1997.
- SANTOS ORTEGA, Antonio y POVEDA ROSA, María. “Trabajo, empleo y cambio social”. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- SAPELLI, Claudio. “Desempleo y capital humano”. Santiago, Expansiva, 2005.

- SARAGOSSA I SARAGOSSA, Josep Vicent (dir.), “Derecho del Empleo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SAYER, Andrew y WALKER, Richard. “La nueva economía social. Reelaboración de la división del trabajo”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, traducción Emilio Gimeno Reinoso, 1994.
- SENNETT, Richard. “La corrosión del carácter; las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo”. Barcelona, Anagrama, 2000.
- SERRANO ARGÜESO, Mariola. “La teoría de las fuentes en el derecho individual del trabajo. Revisión crítica”. Madrid, Dykinson, 2000.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II Principios, fuerzas y regímenes políticos”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª, 1997.
- SINZHEIMER, Hugo. “Crisis económica y Derecho del Trabajo, cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo”. Madrid, IELSS, 1984.
- SOLARI ALLIENDE, Enzo. “El estado social de derecho y su recepción en Chile”. Valparaíso, memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, 1993.
- SOLER, Manuel (editor). “Evolución. La base de la biología”, Granada, Proyecto Sur Ediciones, 2003.
- SORIANO, Ramón. “Sociología del Derecho”. Madrid, Editorial Ariel, 1997.
- SOTELO, Ignacio. “El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive”. Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- SOTO VENEGAS, Mario. “Los principios del Derecho Procesal del Trabajo y el restablecimiento de los Tribunales Laborales (Ley N° 18.510)”, en: Revista Jurídica del Trabajo 517(6-7): 45-48, junio-julio, 1986.
- SQUELLA, Agustín. “Introducción al derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª □edic. actualiz. y an
2011.
-
- “Filosofía del Derecho”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª □edic., reimp., 2008.
- “Evolución de la cultura jurídica chilena” (editor) (autores: Carlos Peña G., Jorge Correa S. y Pablo Ruiz-Tagle). “Evolución de la cultura jurídica chilena”. Santiago, CPU, 1994.
- “La cultura jurídica chilena” (editor) (autores: Enrique Barros, Antonio Bascuñán, José Luis Cea, Jorge Correa, Francisco Cumplido, Iván Lavados y Agustín Squella). “La cultura jurídica chilena”. Santiago, CPU, 1992.
- STEFFOFF, Rebecca. “Humans: an evolutionary history. Origins and first human”. New York, Marshall Cavendish Corporation, 2010.
- STIGLITZ, Joseph. “Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad”. Ginebra, Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 121, núm. 1-2, 2002.
-
- “Crisis mundial, protección social y empleo”. Ginebra, Revista Internacional del Trabajo, OIT, vol. 128, núm. 1-2, 2009.
- SUPIOT, Alain. “Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho”. Argentina, Siglo XXI, 2007.
-
- (coord.). “Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo”. Madrid, Tirant lo Blanch, 1999.
- “Crítica del Derecho del Trabajo”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, traducción José Luis Gil y Gil, 1996.
- TAPIA GUERRERO, Francisco. “El concepto de empresa y los derechos sindicales en el derecho Chileno del Trabajo”, en “Estudios en Homenaje al profesor William Thayer Arteaga. Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. 2233
- TAYLOR, Charles. “Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna”. Barcelona, Paidós, 1ª □edic., 2006.
- TEUBNER, Gunther. “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno”, en: BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2ª □reimp., 2005.
-
- “El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho”, en: Doxa

Cuadernos de Filosofía Jurídica (25):533-571, 2002.

“Law as an autopoietic system”. Cambridge, Blackwell Publishers, 1993.

THAYER ARTEAGA, William. “Texto, comentario y jurisprudencia del Código del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 2010.

“Sindicato y empresa ante la ley chilena y la OIT”, Santiago, LexisNexis, 2006.

“Introducción al Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1984.

“Un punto de vista sobre los principios del Derecho del Trabajo”, en: Revista Jurídica del Trabajo 501(2-3): 51-53, septiembre, 1984.

THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. “Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III Derecho Individual del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, 2008.

“Manual de Derecho del Trabajo. Tomo II Sindicatos y negociación colectiva. Los convenios 87 y 98 de la OIT y su impacto en la legislación chilena”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, 2008.

“Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I Introducción Derecho Colectivo del Trabajo”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 3ª reimp., 1993.

“Manual de Derecho del Trabajo. Tomo II Derecho Individual del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1984.

“Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III Derecho Individual del Trabajo (continuación) y Derecho Procesal del Trabajo”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, 1998.

THE CAMBRIDGE ENCYCLOPEDIA OF HUMAN EVOLUTION, 1992.

TIRONI, Eugenio (editor). “Redes, Estado y Mercados. Soportes de la cohesión social latinoamericana”. Santiago, Colección Cieplan / Uqbar Editores, 2008.

TOKMAN, Víctor (dirigido). “De la informalidad a la modernidad”. Santiago, OIT, 2001.

TORRES ANDRÉS, Juan Miguel. “Pasado, presente y futuro del derecho laboral sustantivo, instituciones en desuso y nuevas tendencias. Especial consideración de su tratamiento por la doctrina y la jurisprudencia”. Centro de Documentación Judicial, 2007.

TRAPIER, Pierre. “Del trabajo al empleo. Ensayo de sociología de la sociología del trabajo”. Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

TRUSLOW ADAMS, James. “The epic of America”. USA, Simon Publications, paperback, 2001.

TUCKER, Eric. “Renorming Labour Law: Can We Escape Labour Law’s Recurring Regulatory Dilemmas?”, en: Industrial Law Journal 39 (2):99-138, June, 2010.

UGARTE CATALDO, José Luis. “El concepto legal de empresa y el Derecho Laboral chileno: cómo salir del laberinto”, en: Revista Laboral Chilena 204(2-3):54-68, febrero-marzo, 2012.

“El concepto de empresa en el proyecto de subcontratación: una buena idea en el lugar equivocado”, en: Revista Laboral Chilena 153 (1): 85-91, enero, 2007.

“El nuevo Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Universitaria, 1994.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Flexiseguridad y mercado de trabajo”. Relaciones Laborales (9):8, mayo 2010.

“Flexiseguridad y mercado de trabajo”. Relaciones Laborales (9): 9, mayo 2010

“Editorial. El debate de flexiseguridad en la Unión Europea (y II)”. Relaciones Laborales (12): 8, 23 junio 2010.

“Las transformaciones de las fuentes del Derecho del Trabajo: una aproximación”. Madrid, Cuadernos de Relaciones Laborales, 25, 2, pp. 281 2007.

VALENZUELA, Eduardo y otros autores. “Vínculos, creencias e ilusiones. La cohesión social de los latinoamericanos”. Santiago, Colección Cieplan / Uqbar Editores, 2008.

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. “Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional & Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática”. Santiago,

- Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° □31, 2006.
- VALLS SAINTIS, Gabriel. “Algunos principios del Derecho del Trabajo y las reformas al D.L. N° 2.200”, en: Revista Jurídica del Trabajo 501(2-3): 58-59, septiembre, 1984.
- VANOSI A., Jorge Reinaldo. “El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social”. Buenos Aires, Eudeba, 3ª edic., 2000.
- VATIN, Francois. “Trabajo, ciencias y sociedad. Ensayos de sociología y epistemología del trabajo”. Buenos Aires, Trabajo y Sociedad, CEIL-PIETTE, Lumen-Humanitas, 2004.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. “Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo” (compilador). Barcelona, Editorial Gedisa, 1ª □reimp. de la 1ª□edic., 2003.
- VELASCO, Andrés y HUNEEUS, Cristóbal. “Contra la desigualdad. El empleo es la clave”. Santiago, DEBATE, 2011.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Derecho Constitucional”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- VIERA-GALLO QUESNEY, José Antonio. “Controlando leyes mediante principios constitucionales: un derecho razonable”. Santiago, Tribunal Constitucional, Número 46, 2011.
- VIGO, Rodolfo Luis. “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis”. Buenos Aires, Lexis-Nexis / Abeledo-Perrot, 2ª □edic., 2006.
- VILLA GIL, Luis Enrique. “Los principios del Derecho del Trabajo”. Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2004.
- VON CHRISMAR W., Marcelo. “Empleabilidad de los egresados de la educación técnica superior y profesional vocacional”. Santiago, Expansiva, 2006.
- VON WRIGHT, Henrik Georg. ¿Hay una lógica de las normas? Alicante, Doxa, traducción Daniel González Lagier, N° □26, 2003.
-
- “Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano”. Alicante, Doxa, traducción Laura Manríque y Pablo E. Navarro, N° □26, 2003.
- “Norma y acción. Una investigación lógica”. Madrid, Editorial Tecnos, 1ª □edic. reimp., traducción Pedro García Ferrero, 1979.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco. “Derecho de las Relaciones Laborales. Un derecho vivo”. Santiago, Editorial Universitaria, 2003.
-
- “La legislación laboral de los Estados Unidos de América y Chile. Un estudio comparativo”. Santiago, OIT, 2003.
- ¿Estatuto Social de la Empresa?, en “Estudios en Homenaje al profesor William Thayer Arteaga. Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1998, pp. □2784
- “Nuevas Normas. Terminación del contrato de trabajo”. Santiago, Editorial Cepet, 1990, p. □11.
- “Reflexiones acerca de la estabilidad laboral”, en: Revista Jurídica del Trabajo 550 (2-3): 79-81, febrero-marzo, 1990.
- “La determinación de la norma más favorable al trabajador”, en: Revista Jurídica del Trabajo 540 (1): 69-73, enero, 1989.
- “Derecho del Trabajo”. Santiago, Ediar-ConoSur, 1989.
- “Principios orientadores del Derecho del Trabajo”, en: Revista Jurídica del Trabajo 501(2-3): 54-55, septiembre, 1984.
- “El concepto de tutela en las relaciones laborales”, en: Revista Jurídica del Trabajo 492 (9): 55-58, septiembre, 1983.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco y TAPIA GUERRERO, Francisco. “Reflexiones acerca del Derecho del Trabajo y la legislación chilena”, en: Revista Jurídica del Trabajo 547(10-11): 71-75, octubre-noviembre, 1989.
- WALKER LINARES, Francisco. “Nociones elementales de Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Nascimento, 5ª □edic., 1957.

“Derecho del Trabajo”. Santiago, Editorial Nascimento, 1936.

WEBER, Max. “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”. México, FCE, introducción y edición crítica de Francisco Gil Villegas M., 2008.

WIEACKER, Franz. “El principio general de la buena fe”. Madrid, Civitas, 1977.

WITTGENSTEIN, Ludwig. “Investigaciones filosóficas”. Barcelona, Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM Editorial Crítica, 4ª edición, 1993. 81 Ed. Franz de la Prada y García Suárez y U
general de la buena fe”. Madrid, Civitas, 1977.

WITKER, Jorge. “La investigación jurídica”. México, McGraw-Hill, 1994.

WITKER VELÁZQUEZ, Jorge y LARIOS VELASCO, Rogelio. “Metodología Jurídica”. México, McGraw-Hill Interamericana editores, 2002.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. “Sentido y hecho en el Derecho”. San Sebastián, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1989.

YÁÑEZ ANDRADE, Juan Carlos. “La intervención social en Chile. 1907-1932”. Santiago, RIL Editores, 2008.

“Chile y la organización internacional del trabajo (1919-1925): hacia una legislación social universal”. Revista de Estudios Históricos-Jurídicos: Valparaíso, N° 22, 2000.

YÁÑEZ MONJE, Eduardo. “Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato. ¿Conversión a un sistema de libre despido?”. Revista Chilena de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 1 (1): 152, 2010.

ZACHERT, Ulrich, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. “Los grandes casos judiciales del derecho alemán del trabajo. Estudio comparado con el derecho español y traducción castellana”. La Coruña, Editorial Netbiblo, Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008,

ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil”. Madrid, Trotta, 7ª edición, 2007.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio. “Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado”. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard y WHITTAKER, Simon. “Good faith in European Contract Law”. Cambridge, University Press, 2000.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Reformas constitucionales para un Estado social y democrático de derecho”. Santiago, en: Colección Ideas, Año 4, N° 33, 2003.

II. FUENTES DIGITALES Y WEBSITES

(Citadas; se excluyen sentencias en formato digital)

ACUERDO ASOCIACIÓN CHILE-UNIÓN EUROPEA [en línea] <<http://www.direcon.gob.cl/acuerdo/1454>>.

ALONSO OLEA, Manuel. “El trabajo como bien escaso”, Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España, N° 33 <http://www.meyss.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio1.pdf>. □33

BIBLIOTECA DEL CONGRESO. “Historia Ley N° 19.010”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO [en línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=1990>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO. “Historia Ley N° 19.759”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO [en línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/lfs/hdl-19759/HL19759.pdf>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO. “Historia Ley N° 20.396”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO [en línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=2009>>. □20.396” [en línea]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° 20.416”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL [en línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=2010>>. □20.416 [en línea]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. “Historia de la Ley N° 20.545 que modifica la Ley N° 17.334 que incorpora el permiso postnatal parental”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE [en línea] <<http://www.bcn.cl/histlev/periodos?p=2011>>. □20.545 modifica la Ley N° 17.334 que incorpora el permiso postnatal parental” [en línea]

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO Ley 35/2010 [en línea] <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/09/18/pdfs/BOE-A-2010-14301.pdf>>.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Decreto Ley 3/2011 [en línea] <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/02/19/pdfs/BOE-A-2011-3255.pdf>>.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/>>.

DIARIO OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. Libro Verde [en línea] <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2006/com2006_0708es01.pdf>.

GOBIERNO DE CHILE “Hacia un Chile más justo: trabajo, salario, competitividad y equidad social. Informe Final”, Consejo Asesor Presidencial Trabajo y Equidad, mayo, 2008, disponible [en línea] <http://www.oei.es/pdfs/ETP_Informe_Final_chile.pdf>.

LÖWY, Michel. “Marxismo y religión. ¿Opio del pueblo?” [en línea] <<http://marxismocritico.files.wordpress.com/2011/10/marxismo-y-religic3b3n-opio-del-pueblo.pdf>>.

MARQUÉS DE SANTILLANA Doctrinal de Privados [en línea] <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/57937519116805384122202/p0000001.htm#I_0>.

MENSAJE DEL EJECUTIVO proyecto Ley de 12 de noviembre de 1992, en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. “Historia de la Ley N° <http://www.bibliotecavirtual.org/historias-de-la-lev-ordenadas-por-numero>”.

OIT Actas Conferencia de la OIT de Filadelfia [en línea] <<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09656/09656%281944-26%29.pdf>>.

OIT Constitución [en línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>> [consulta:8 enero 2011].

OIT “Convenios sobre derechos humanos laborales Fundamentales” [en línea] <http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang--es/index.htm>.

OIT “Convenios prioritarios” [en línea] <http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/ConventionsandRecommendations/lang--es/index.htm>.

OIT “Declaración de Filadelfia”, disponible [en línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm#annex>>.

OIT “La Declaración del Milenio, los ODM y el Programa de Trabajo decente de la OIT: una visión de conjunto” [en línea] <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/pardev/download/mdg/2010/es/overview2010-es.pdf>>.

OIT International Institute for Labour Studies. “Estudios sobre crecimiento con equidad. Alemania. Un enfoque centrado en el empleo” [en línea] <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_153783.pdf>.

OIT “La necesidad de justicia social” [en línea] <http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang--es/index.htm>.

OIT “Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de administración de la OIT”. Ginebra, OIT, 5ª edic. (revisada), <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/23s2006.pdf>>.

OIT “Normas del Trabajo” [en línea] <<http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>>.

OIT “Preámbulo de la Constitución de la OIT” [en línea] <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>>.

OIT Normas [en línea] <http://www.ilo.org/global/What_we_do/InternationalLabourStandards/Introduction/lang--es/index.htm>.

OIT “Ratificaciones de Convenios” [en línea] <<http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES>>.

OIT “Noticia sobre G20 y empleo” [en línea] <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/Press_releases/lang--es/WCMS_114204/index.htm>.

OIT “Noticia sobre Pacto Mundial del Empleo” [en línea] <<http://www.ilo.org/jobspact/about/lang--es/index.htm>>.

OIT “Pacto Mundial del Empleo” [en línea] <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_115078.pdf>.

OIT “Sobre sus orígenes” [en línea] <[http://www.ilo.org/global/About the ILO/Origins and history/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/global/About%20the%20ILO/Origins%20and%20history/lang-es/index.htm)>.

OIT “Trabajo decente” [en línea] <<http://www.ilo.org/global/Themes/Decentwork/lang-es/index.htm>>.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución sobre flexiseguridad [en línea] <[http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=- // EP // TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0 // ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES)>.

PARLAMENTO EUROPEO, Flexiseguridad [en línea] <[http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=- // EP // TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0 // ES](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0339+0+DOC+XML+V0//ES)>.

PRESIDENTE ROOSEVELT Palabras con las cuales recibió, en la Casa Blanca, a los delegados de los diversos países a la Conferencia Internacional del Trabajo [en línea] <<http://www.ilo.org/public/english/century/download/roosevelt.pdf>> <http://news.google.com/newspapers?nid=1913&dat=19440517&id=uJgpAAAAIABAJ&sjid=4WYFAAAAIAAJ&pg=1616.3244733>>.

REGLA DE SAN BENITO [en línea] <<http://www.sbenito.org.ar/regla/rb.htm>>.

ROJAS FLORES, Jorge. “Los trabajadores desde la colonia hasta 1973” [en línea] <<http://www.bibliotecaobrero.cl/wp-content/uploads/2008/10/los-trabajadores-chilenos-desde-la-colonia-hasta-1973-jorge-rojas-flores.pdf>>.

RIBERA NEUMANN, Teodoro. “La protección constitucional de la empresa: la individualidad determinada y la teoría del levantamiento del velo” [en línea] <http://www.lvd.com/wp-content/files_mf/sentencias/200610.pdf>.

SENCE [en línea] <<http://www.sence.gob.cl/carta.html>>.

TRONCOSO POBLETE, Moises y Oscar ÁLVAREZ ANDREWS. “Legislación social obrera chilena (Recopilación de Leyes y disposiciones vigentes sobre el Trabajo y la Previsión Social)”. Santiago, Imprenta Santiago-Esmeralda, 1924 [en línea] <www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0023196.pdf>.

UNIÓN EUROPEA. Directrices para políticas de empleo [en línea] <[http://europa.eu/legislation_summaries/employment and social policy/community_employment_policies/es_m0007 es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/community_employment_policies/es_m0007_es.htm)>.

VATIN, Francois. Trabajo, ciencias y sociedad. Ensayos de sociología y epistemología del trabajo” [en línea] <<http://www.ceil-piette.gov.ar/docpub/libros/trcs.html#intr>>.

VELÁSQUEZ, Óscar. “¿Hay esclavos en la ciudad platónica?”, en: *DIADOKHE, Universidad Diego Portales* [en línea] <http://www.diadokhe.cl/media/platonica/politeia_c.pdf>.

III. SENTENCIAS

(Citadas; formato físico y digital)

A. Tribunal Constitucional

Rol N° ~~10882~~A, 26 de julio de 2011, ejemplar digital.

Rol N° ~~08273~~A, 24 de abril de 2010, [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>>

Rol N° ~~046~~, 22 de julio de 2008, [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>>

Rol N° ~~2007~~, 31 de marzo de 2008, [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>>

Rol N° ~~20084~~ en: NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (editores). “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (1981-2011), p. □83.

Rol N° ~~2006~~, 13 de julio de 2006, [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>>

Rol N° Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, 2006, pp. □185.

Rol N° ~~155015~~ en: FERRERÍA, José María. “Derecho Constitucional Económico”. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, 2006, pp. □185.

□410, de 14 de juni

- Rol N° 346, 8
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29305>
- Rol N° 346, 8
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29305>
- Rol N° 226, de 30 de octubre
Ediciones Universidad Católica de Chile, Tomo I, 2006, pp. 185.
- Rol N° 167, de mayo de 1989, ZAPATA LARRAÍN
- Rol N° 46, 21 diciembre
<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=563>
- Rol N° 24, de diciembre de 1984, v. ZAPATA
221.
- Rol 976-07 INA, [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>>
- Rol N° 281, NAVARRO BELTRÁN, Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (editores). “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (1981-2011), p. 83.
- Rol N° 811 Enrique y CARMONA SANTANDER, Carlos (editores). “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (1981-2011), p. 84.

B. Corte Suprema

- CFO, Rol N° 2001, “Lorena Pía Bersezio Berardi c. Compañía de Seguros CORPVIDA S.A., de 12 agosto de 2011, ejemplar fotocopiado.
- RUI, Rol N° 2003 de 9 de noviembre de 2010, ejemplar fotocopiado.
- CFO, Rol N° 2010 de 8 de noviembre 2010, ejemplar fotocopiado.
- RUI, Rol N° 2010 de 26 de octubre de 2010, ejemplar fotocopiado.
- CFO, 29 de septiembre de 2009, “Cecilia Álvarez Uslar con Universidad de Concepción”, Rol N° 2009 ejemplar fotocopiado.
- CFO, Rol N° 2009 CFO, “Banco París S.A. contra Inspección Provincial del Trabajo”, 23 de julio de 2009, ejemplar fotocopiado.
- RUI, Rol N° 2886-2009, 14 de julio de 2009, ejemplar fotocopiado.
- CFO, Rol N° 2009, 24 de marzo de 2009, en: GJ (345):230.
- CFF, Rol N° 2009, “Hypermercado Alameda Limitada contra Inspección Comunal del Trabajo de Santiago”, 12 de marzo de 2009, ejemplar fotocopiado.
- CFO, Rol N° 4123-2009, ejemplar fotocopiado.
- Rol N° 2009 CFO, 4 de noviembre de 2008, ejemplar fotocopiado.
- CFO, Rol N° 2008 de junio de 2008, en: GJ (336):287.
- Rol N° 2008 CFO, 10 de junio de 2008, ejemplar fotocopiado.
- RCF, Rol N° 2007 de agosto de 2007, Cuadra Acevedo, Jeannette Andrea con Comercial Palm Beach S.A., ejemplar fotocopiado.
- CFO, 25 de octubre de 2006, Alcayaga Sasso, Juan Antonio con Universidad Católica de Chile- Corporación de Televisión, en: RDJ, tomo CIII, N° 2006, julio, 2006, segunda parte, sección tercera, p. 907.
- CFO, Rol N° 2006, ejemplar fotocopiado.
- RCF, 25 de agosto de 2005, en: RDJ, CII, segunda parte, sección tercera, julio/diciembre, N° 2005, pp. 943
- CFF, Pairicán García, Verónica con Pégola Cornejo, Giovanna, en: RDJ, tomo CII, julio/diciembre, N° 2, segunda parte, sección tercera, 2005, p. 988.
- CFO, 11 de julio de 2005, Carmona Tapia, Mérida Eliana con Instituto de Normalización Previsional, en: RDJ, tomo CII, julio-diciembre, N° 2, segunda parte, sección tercera, 2005, p. 916.

CFO, Yapur Yao, Yael Yougatt, Enrique y otros con Steel S.A. y Segel Limitada, en: RDJ, tomo CII, julio/diciembre, segunda parte, sección tercera, N° □2, 2005, p. □945.

CFO, 27 de mayo de 2004, CFO, Ingesur Limitada con Navarro Mansilla, Ricardo, en: RDJ, tomo CI, enero/junio, N° □2, segunda parte, sección tercera, p. □49.

CFO, 29 de abril de 2004, Morales Farías, Mauro con Bata Chile S.A., en: RDJ, tomo CI, enero/junio, N° □1, segunda parte, sección tercera, p. □49.

CFO, Rol N° 4065-02, 13 de agosto de 2003, en: RDJ, tomo C, segunda parte, sección tercera, julio/diciembre, N° 2, pp. 122-124.

CFO, 13 de agosto de 2003, Adrián Riaños, Elena con Comditex Ltda. Rol N° ~~02.065~~ en: RDJ, tomo C, julio/diciembre, N° □2, segunda parte, sección tercera, p. □124.

CFO, Riveri Cerón, Dginnia G. con Fundación de Comunicaciones, Cultura y Capacitación del Agro, 9 de abril de 2003, en: RDJ, tomo C, enero/junio, segunda parte, sección tercera, N° □1, 2003, p. □43.

RCF, 9 de abril de 2003, en: RDJ, C, enero/junio, N° □1, segunda parte, sección tercera, 2003, p. □24.

CFO, Manaplast S.A., 17 de marzo de 2003, en: RDJ, tomo C, enero/junio, segunda parte, sección tercera, 2003, pp. □27.

CFO, Castillo Castillo, Juan, 18 de julio de 2002, en: RDJ, tomo XCIX, julio/septiembre, N° □3, segunda parte, sección tercera, 2002, pp. □164.

CFO, 18 de julio de 2002, Castillo Castillo, Juan, en: RDJ, tomo XCIX, julio/septiembre, N° □3, 2002, pp. □164.

CFF, Rol N° ~~01.100~~ 13 de agosto de 2001, ejemplar fotocopiado.

CFO, David Lebón, Juan y otros, 8 de marzo de 2001, en: RDJ, tomo XCVIII, enero/marzo, N° □1, segunda parte, sección tercera, 2001, p. □46.

CFO, 25 de agosto de 1999, Empresa de Transportes Fénix Pullman Norte Ltda., en: RDJ, tomo XCVI, mayo/agosto, N° □2, segunda parte, sección tercera, 1999, p. □171.

CFO, Manuel Olivares Inostroza, 7 de diciembre de 1998, en: RDJ, tomo XCV, septiembre/diciembre, N° 3, 1998, p. □163.

CFO, Manuel Olivares Inostroza, 7 de diciembre de 1998, en: RDJ, tomo XCV, septiembre/diciembre, N° □3, segunda parte, sección tercera, 1998, p. □165.

Rol N° ~~92.667~~ CFO, 25 de septiembre de 1997.

RQ, Salazar Canales, Radame, 21 de octubre de 1991, en: RDJ, tomo LXXXVIII, septiembre/diciembre, N° 3, segunda parte, sección tercera, 1991, p. □105.

Rol N° □8.322, RQ, 29 de diciembre de 1988, ejemplar digital.

Rol N° ~~88~~ 49 de diciembre de 1986, en: Fallos del Mes, N° □340, marzo 1987, p. □70.

RQ, Rol N° ~~87~~ 76, en: Fallos del Mes, N° □320, 31 de marzo de 1987, p. □474.

ARP, Rol N° □21.954, 12 de marzo de 1987, ejemplar fotocopiado.

RQ, Juez Ruales, Diego, 18 de agosto de 1961. En: RDJ, tomo LVVIII, julio/agosto, Núms. 5 y 6, 1961, p. □64.

RQ, Ríos, Orlando y otros, 8 de agosto de 1949, en: RDJ, tomo XLVII, marzo/abril, Núms. 1 y 2, segunda parte, sección tercera, 1950, p. □22.

RQ, 1° de septiembre de 1948, en: RDJ, tomo XLVI, septiembre/octubre, Núms. 7 y 8, segunda parte, sección tercera, 1949, p. 43.

RQ, 8 de agosto de 1948, en: RDJ, tomo XLVII, marzo/abril, Núms. 1 y 2, 1950, p. □20.

RQ, 18 de septiembre de 1935, en: RDJ, tomo XXXIII, marzo/abril, N° □1 y 2, segunda parte, sección primera, 1935, p. □151.

C. Corte de Apelaciones

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, RA, 29 de agosto de 1988, Farías Pérez, Carlos con Sociedad Diesel Motors Parts Ltda., en: RDJ, LXXXV, mayo/agosto, N° □2, segunda parte, sección tercera,

D. Tribunal de 1ª

Rol N° □3912 de abril de 1985, dictada por el Juez Titular del 29° Juzgado Civil de Santiago, don Mario Torres Labraña, en: Fallos del Mes, N° □842 Quinto de Mes, Rol N° □3912 con Instituto Chileno de Estudios Nematécnicos Ichen S.A.E., p. □477.